الجمهوريـــة الجزائريـــة الديمقراطيـــة الشعبيـــة
وزارة التعليـم العالـي والبحـث العلمـي
جامعة 8 ماي 1945 قالمـــة



كليـــة الحقوق والعلوم السياسيـــة
قسم الحقوق
مخبر الدراسات القانونية البيئية

أطروحـة لنيل شهـادة الدكتـوراه

الميدان: حقوق وعلوم سياسية الشعبة: حقـوق
الاختصاص: قانون أعمال

من إعداد الطالب:
صليــح بونفلـــة
بعنـوان

النظام القانوني للعمليات المصرفية الإلكترونية

بتاريخ 26 نوفمبر 2020 أمام لجنة المناقشة المكونة من:

الاسم واللقب	الرتبـة	الجامعـة	الصفـة
أ.د/محمد علي حسون	أستاذ التعليم العالي	جامعة 8 ماي 1945 قالمة	رئيسا
أ.د/ عصام نجاح	أستاذ التعليم العالي	جامعة 8 ماي 1945 قالمة	مشرفا ومقررا
أ.د/ يمينة بليمان	أستاذ التعليم العالي	جامعة الإخوة منتوري قسنطينة	عضوا مناقشا
د/ منية شوايدية	أستاذ محاضر أ	جامعة 8 ماي 1945 قالمة	عضوا مناقشا
د/ أحمد فنيدس	أستاذ محاضر أ	جامعة 8 ماي 1945 قالمة	عضوا مناقشا
د/ محمد خليفة	أستاذ محاضر أ	جامعة باجي مختـار عنابـة	عضوا مناقشا

السنة الجامعية 2019-2020

بسم الله الرحمن الرحيم

قائمـة المختصرات

CIB	Carte Interbancaire de paiement
CE	Conseil Européen
CHIPS	Clearing House Interbank Payments System
CMF	Code Monétaire et Financier français
CPF	Code Pénal Français
DAB	Distributeurs Automatique des Billets
DME1	Directive européenne de la monnaie électronique 2000/64/CE
DME2	Directive européenne de la monnaie électronique 2009/110/CE
EFT	Electronic Funds Transfer
EMV	Europay Mastercard Visa
FEDI	Financial Electronic Data Interchange
GAB	Guichets Automatique des Banques
JO	Journal Officielle
JOL	Journal Officielle de l'union européenne
LCEN	Loi français pour la Confiance dans l'Economie Numérique 2004/575
NFC	Near Field Communication
OECD	Organisation for Economic Co-operation and development
PIN	Personale Identification Number
RFID	Radio Frequency Identification
RMI	Réseau Monétique Interbancaire
SATIM	Société d'Automatisation des Transactions Interbancaires et Monétique
SEPA	Single Euro payements Area
SET	Secure Electronic Layer
SSL	Secure Soker Layer
SWIFT	Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunications
TLS	Transport Layer Security
TPE	Terminal de Payement Electronique
UE	Union Européenne

ملخص

أدى التطور الكبير الحاصل في ميدان الإعلام والاتصالات الالكترونية وتبني البنوك والمؤسسات المالية لهذا التطور وإدخال مختلف التقنيات الحديثة في القيام بالنشاط المصرفي، إلى ظهور وانتشار العمليات المصرفية الالكترونية، التي تشمل مختلف الخدمات المصرفية التقليدية والمبتكرة، التي تقدمها البنوك والمؤسسات المالية، أو البنوك الالكترونية لزبائنها عن بعد، من خلال مختلف أجهزة ووسائل الاتصالات الالكترونية الحديثة، وعن طريق مختلف الشبكات الإلكترونية.

وعلى غرار مختلف الفروع القانونية الأخرى، أدى هذا التطور التقني الكبير في القطاع البنكي إلى تطور وتوسع القانون المصرفي، وأصبح ممكنا ابرام وإثبات مختلف العقود المصرفية عن بعد، والقيام بمختلف هذه العمليات، سواء ما تعلق منها بالإيداع أو القرض أو إدارة وسائل الدفع، بطريقة الكترونية.

ومكن التطور الحاصل في القانون المصرفي من إقامة مسؤولية الأطراف نتيجة الاخلال بمختلف الالتزامات العقدية أو القانونية بمناسبة القيام بهذه العمليات المصرفية، وتسوية مختلف النزاعات التي يمكن أن تنشأ بين مختلف هذه الأطراف بالوسائل الالكترونية والطرق البديلة عن القضاء.

الكلمات المفتاحية: قانون مصرفي، عمليات مصرفية الكترونية، دفع الكتروني، بنوك الكترونية.

RESUME

L'évolution significative qui a lieu dans le domaine des médias et des communications électroniques, et l'adoption par les banques et les institutions financières de cette évolution et l'introduction de diverses technologies modernes dans l'exercice de l'activité bancaire, ont conduit à l'émergence et à la diffusion d'opérations bancaires électroniques, qui comprennent divers services bancaires traditionnels et innovants fournis par des banques et des institutions financières, ou des banques électroniques, Pour ses clients à distance, à travers divers dispositifs et moyens de communication électroniques modernes, et à travers différents réseaux électroniques.

Et comme toutes les autres branches juridiques, ce grand développement technique dans le secteur bancaire a conduit au développement et à l'expansion du droit bancaire, et il est devenu possible de conclure et de prouver à distance les différents contrats bancaires, et d'effectuer diverses de ces opérations, qu'elles soient liées aux dépôts ou aux prêts ou à la gestion des moyens de paiement, de manière électronique.

L'évolution du droit bancaire a permis d'établir la responsabilité des parties du fait de la violation des différentes obligations contractuelles ou légales à l'occasion de la réalisation de ces opérations bancaires, et le règlement des

différents litiges qui pourraient survenir entre les différentes parties par voie électronique et par des méthodes judiciaires alternatives.

Mots clés: droit bancaire, opérations bancaires électroniques, paiement électronique, banques électroniques.

الخطـــة العامـــــة

مقدمة:

ظهرت البنوك في القرون الوسطى وكانت وظيفتها في أول الأمر قاصرة على تجارة النقود والقيام بعمليات الصرف، ثم أخذ التجار يودعون نقودهم لديها خشية الضياع والسرقة مقابل شهادات بودائعهم مع حقهم في سحبها في أي وقت. ولما تجمعت لدى البنوك ودائع نقدية طائلة، وتبين لها أن جملة الودائع التي تودع لديها تزيد دائما على مجموع الأموال التي تسحب منها، أخذت تقرض من هذه الودائع لمن يشاء، وهكذا نشأت البنوك الحديثة وتأكدت وظيفتها في منح القروض[1].

وبالموازاة مع التطور الكبير الذي عرفته الحياة الاقتصادية في عصرنا الحاضر أصبح المستثمرون، أشخاصا طبيعيين أو معنويين، عاجزين عن الاعتماد على إمكانياتهم المالية الذاتية لتجسيد مشاريعهم، لذا صاروا يفضلون اللجوء إلى المؤسسات البنكية للاستفادة من خدماتها، والحصول على تمويل لمشاريعهم، كما أن التعامل مع البنك يشكل بالنسبة إليهم وسيلة للانضباط مع المقتضيات التشريعية. هذه المعاملات بين البنوك والمستثمرين صاحبها بروز صور وأنواع متعددة للعقود التي تربط المؤسسات البنكية مع عملائها، واتسمت بحرية المتعاقدين في تحديد بنودها إلا ما استثناه المشرع بنص خاص. فالأصل إذن هو الحرية وأما التقييد فهو استثناء. ورغم ذلك نشأ عن هذه العقود نزاعات قانونية كثيرة لا ينحصر أثرها فيما بين أطرافها فحسب، بل قد تؤثر على اقتصاد الدولة بكاملها، مما يفرض تسويتها وحسمها على وجه السرعة.

ولما كانت البنوك تحظى بهذه الأهمية انصرف الاهتمام الدولي نحو تقنين القواعد الخاصة بتنظيم العمليات المصرفية منذ فترة طويلة، خاصة على المستوى الدولي لما تتميز به هذه المعاملات من طبيعة دولية تسهم في ازدهار التجارة الدولية، مما دفع بأغلب التشريعات إلي تنظيم أحكام المعاملات المصرفية، رغم أنها تكاد تكون موحدة بالنظر إلى عملية التوحيد التي عرفتها هذه المعاملات على الصعيد الدولي. ومع ذلك فإن حركة التشريع في العمليات المصرفية ليست واسعة إذ لا تزال الغلبة فيها للأعراف المصرفية وأحكام القضاء.

يعتبر النشاط المصرفي أحد أهم الركائز التي يقوم عليها اقتصاد الدول، حيث يساهم في تمويل مختلف الأنشطة، الأمر الذي جعله يتأثر ويستجيب لمختلف التغييرات الداخلية والخارجية، حيث أدت التطورات الحاصلة في ميدان تكنولوجيا الإعلام والاتصال إلى ظهور الكثير من التغيرات الجوهرية في طبيعة عمل البنوك. ولم يعد النشاط المصرفي بمنأى عن التطورات الهائلة الحاصلة في هذا الميدان

[1]- مصطفى كمال طه، العقود التجارية وعمليات البنوك، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2002، ص 243.

التقني، فكانت البنوك والمؤسسات المالية أولى المجالات التي استجابت لهذه التطورات التقنية، وذلك بسبب طبيعتها التجارية القائمة على المنافسة، وتحقيق رضا الزبائن.

يُعرّف القانون المصرفي على أنه مجموعة القواعد القانونية المتعلقة بالعمليات المصرفية والقائمين بها على سبيل الاحتراف[1]. ومن ثم فقواعد القانون المصرفي، كغيره من القوانين، قد تكون آمرة عندما تتعلق بالنظام العام المصرفي، وقد تكون مكملة أو مفسرة لإرادة الأطراف، عندما يتعلق الأمر بالعقود المصرفية المتعلقة بهذه العمليات بمختلف أنواعها. ومنه فالقانون المصرفي ينظم البنوك والمؤسسات المالية، كما ينظم نشاط هذه البنوك، أي العمليات المصرفية، أي هو قانون المصارف وقانون العمليات المصرفية. ورغم أن القانون المصرفي فرع مشتق من القانون التجاري بمعناه العام، إلا أنه يقوم على اعتبارات المصلحة العامة، ويعتبره البعض قانونا وظيفيا لأنه ينظر إلى الجهاز المصرفي بوصفه يقوم بوظيفة اقتصادية، ويصنفه البعض ضمن القانون الاقتصادي[2]، حيث أن نصفه خاص ونصفه عام، فهو ينظم تدخل الدولة في العلاقات الاقتصادية[3]. كما يتمتع القانون المصرفي باستقلال يبرره النشاط الذي ينظمه، وهو تداول النقود في مختلف صورها، سواء كانت معدنية أو ائتمانية أو كتابية أو الكترونية.

ولقد مر تطور القانون المصرفي لدى المجموعة القانونية اللاتينية الجرمانية بثلاثة مراحل أساسية، نوجزها في ما يلي[4]:

أولا– مرحلة التخلي عن الضبط: ويقصد بها تخفيف الأحكام التنظيمية المكرسة على القطاع المصرفي (العوائق التشريعية) لا سيما ما تعلق بالمجال التجاري، مثل تحرير أسعار الخدمات البنكية، وإلغاء تأطير أو مصاحبة القروض لإحداث التوازن في المجال المصرفي. ولكن بعد الأزمة المالية لسنة 2008 أصبح الأمر نسبيا، ودفعت بعض الدول لإصدار تنظيمات تتعلق بمنتوجات بنكية لم تكن أصلا محلا للتنظيم من قبل. ونتيجة للتخلي عن هذا الضبط ظهر تطور آخر وهو ما يسمى باستبعاد الوساطة البنكية وإقرار الوساطة المالية، ونتج عن ذلك توسع السوق النقدية (سوق النقد قصير الأجل)، وتطوير السوق المالية (سوق النقد المتوسط وطويل الأجل) . وكنتيجة أيضا للتخلي عن الضبط، تم إلغاء مراقبة الصرف في عديد الدول، مما أدى إلى إلغاء الحدود الجغرافية، الأمر الذي أدى إلى تحرير السوق المصرفية وأصبح من الممكن أن تنشأ بنوك أجنبية في غير أوطانها ، أي دولية البنوك ودولية النشاط البنكي.

---

[1]- محفوظ لعشب، الوجيز في القانون المصرفي الجزائري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص 15.

[2]- علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، المكتبة القانونية، القاهرة، 1993، ص 14.

[3]- « Le droit bancaire est en étroite relation avec le droit économique, c'est-à-dire l'ensemble des règles édictés par l'Etat et destinées à régir diverses opérations intéressant directement l 'économie du pays ». FADY NAMMOUR, Droit bancaire, sur le compte d'auteur, fadnam@inco.com.ib , 2012. P 15.

[4]- انظر تفصيل أكثر حول تطور القانون المصرفي لدى:

Theirry Bonneau , Droit bancaire, 9ème édition, Montchrestien, Paris, 2011, pp 17-26.

ثانيا- مرحلة تأثير الوحدة الأوروبية على بنوك الدول الأعضاء: معلوم أن الدول الأوروبية ليست ذات نظام قانوني موحد، فمنها ما يتبع النظام الأنجلوسكسوني ومنها ما يتبع النظام اللاتيني الجرماني، الأمر الذي أدى إلى توحيد القواعد البنكية حتى على المستوى الدولي.

ثالثا- مرحلة التطور التكنولوجي: حيث أدى تبني البنوك للتطور التقني الكبير للإعلام الآلي ووسائل الاعلام والاتصال إلى تقديم البنوك لكثير من خدماتها المالية عن بعد أو بطريقة الكترونية، وظهرت وانتشرت العمليات المصرفية الالكترونية، ومن ثم برزت ضرورة مواكبة القانون المصرفي لهذا الوافد الجديد.

ثم إن القانون المصرفي يعتمد على الاحترافية ويشكل وحدة قانونية تعتمد على تقنيات خاصة جد متطورة من الناحية التكنولوجية والعلمية. حيث يعتمد النظام البنكي، من أجل فعالية نظامه، على استعمال الإعلام الآلي والبرامج الدقيقة المتطورة المناسبة لكل عملية من العمليات المصرفية، واستعمال القدرات الفنية ذات العلاقة مع وسائل الاتصال الملائمة لطبيعة التقنيات المستخدمة في الاتصالات ونقل المعلومات وضمان سريتها وتحليلها بما يتفق والمعلومات الشخصية الخاصة بالزبون.

وإذا كانت العمليات المصرفية هي النشاط الرئيسي الذي من أجله أُنشئت البنوك والمؤسسات المالية عموما، فإن المشرع الجزائري على غرار مختلف التشريعات، لم يعرف ولم يحدد هذه العمليات، ذلك لأن هذه العمليات بطبيعتها تستعصى على التحديد، كما أنه ليس هناك معيار فني لإحصاء هذه العمليات أو تحديدها، فهناك تعداد يزيد وينقص ويتغير بتغير الزمان والمكان. كما أن البنوك بدأت منذ نشأتها بداية بسيطة، ثم زادت نشاطاتها ومن ثم زادت عملياتها واتسعت باتساع النشاط التجاري وازدياد حاجة الانسان لذلك. ولذا فالمرجع الأول لتحديد هذه العمليات هو العرف. كما أن العمليات المصرفية لا تتجرد من هذا الوصف حتى ولو قام بها شخص ليس له صفة المصرف، وحتى ولو لم يتكرر صدورها منه.

وتُعَد أعمال البنوك بحسب القانون التجاري الجزائري، بصفة عامة، أعمالا تجارية بالنسبة للبنك، أما بالنسبة للعميل فتعد مدنية ما لم يكن تاجرا وكان العمل لأغراض تجارته، إذ تعتبر عندئذ عملا تجاريا بالتبعية.

تقول الأرقام أن أكثر من **51%** من سكان المعمورة يستعملون الأنترنت، أي أن 3.885.567.619 إنسان على سطح الأرض استعمل الأنترنت إلى غاية 30 جوان 2017[1]. هذا العدد

[1]- Meryem EDDEROUASSI, Le contrat électronique international, Thèse de doctorat en droit privé, Communauté université Grenoble Aples, soutenue le 21 décembre 2017, p9.

الهائل من مستعملي الانترنت في هذا الفضاء الافتراضي استوجب على رجال القانون التفكير في نظام قانوني ينظم ويضبط العلاقات الناشئة في هذا الفضاء ويحمي حقوق مختلف الأطراف، خاصة في ما يخص العقود والالتزامات الناشئة بينهم، وخاصة في ما يتعلق بالمعاملات والمبادلات التجارية على الخط أو ما يسمى بالتجارة الالكترونية. غير أن المجتمع الدولي لم ينتظر إلى الوصول إلى هذا العدد الكبير من مستعملي الانترنت ليحرك العجلة القانونية، بل إنها انطلقت قبل ذلك بكثير. فقبل ثلاثين سنة من هذا التاريخ، أي سنة1987 أصدرت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الدليل القانوني بشأن التحويلات الالكترونية للأموال، حيث لاحظت اللجنة أن المشكلات الناشئة عن المصطلحات المتضاربة في تحويلات الأموال أصبحت خطيرة في السنوات الأخيرة، وأن التحول السريع إلى الوسائل الالكترونية لنقل البيانات بين المصارف، مقترنا باستخدام الحاسبات الإلكترونية لتجهيز رسائل تحويل الأموال، يجب أن يؤدي إلى توحيد محتوى الرسائل الالكترونية وأشكالها، وكذا ضرورة توحيد التعابير والمصطلحات المستعملة لوصف عناصر البيانات في رسائل تحويل الأموال.

وفي سياق التطور القانوني الحاصل في ميدان الإعلام والاتصالات الإلكترونية، جاء في تقرير لمجلس الدولة الفرنسي سنة 1998 حول الانترنت والوسائط الرقمية: "... يتضح من خلال المسائل القانونية المثارة بمناسبة تطور الانترنت والوسائط الرقمية أنها لا تضع محل نقاش كل الأسس القانونية، بالعكس أنها تؤكد ملاءمة أغلب المبادئ العامة لأن تطبق على هذا المحيط الجديد، بالرغم من أن بعض التعديلات والتكييفات مطلوبة..."[1] وتكررت نفس الفكرة تقريبا في الكتاب الأبيض الصادر عن البنك الفرنسي سنة 2000 تحت عنوان "الانترنت، ما هي النتائج الحذرة؟"[2].

غير أن التعديلات والتكييفات وتوحيد القواعد الأوروبية والعالمية جعل من القواعد المنظمة للعمليات المصرفية الالكترونية تتوسع وتتضخم، حتى تساءل البعض عن بروز قانون مصرفي الكتروني.

وفي سنة 1996 أصدرت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، القانون النموذجي للتجارة الالكترونية. حيث لاحظت اللجنة معدة القانون النموذجي أن عددا متزايدا من المعاملات في التجارة الدولية يتم عن طريق التبادل الالكتروني للبيانات وغير ذلك من وسائل الاتصال، يشار إليها عادة باسم "التجارة الالكترونية"، التي تنطوي على استخدام بدائل للأشكال الورقية للاتصال والتخزين، ومن ثم دعت لجنة الأمم المتحدة الدول إلى إصدار تشريعات تعترف بالكتابة الالكترونية أو رسالة البيانات الالكترونية، في الميدان التجاري بما فيه القطاع المالي والمصرفي، وإعطائها نفس حجية الكتابة العادية. وفي سنة 2001 أصدرت نفس اللجنة القانون النموذجي للتوقيعات الالكترونية، اعتقادا منها بأن هذا القانون سيساعد الدول مساعدة كبيرة في تعزيز تشريعاتها التي تحكم أساليب التوثيق الحديثة، وفي صياغة

[1] - Conseil d'Etat Français, Internet et réseaux numériques, collection Etudes du conseil d'Etat, année 1998.
[2] - Banque de France , Livre blanc, Internet quelles conséquences prudentielles, décembre 2000.

تشريعات من هذا القبيل فيما يتعلق بالتوقيع الالكتروني، وضرورة اعطائه نفس حجية التوقيع الخطي العادي.

ولأن كل المعاملات التجارية الالكترونية ومنها العمليات المصرفية الالكترونية، التي تبرم عقودها وتنفذ عن بعد وبطريقة الكترونية، يمكن أن تثير عددا كبيرا من النزاعات بمناسبة تنفيد هذه العقود أو بمناسبة القيام بهذه العمليات، ولأن هذه المنازعات الناشئة في هذه البيئة الالكترونية يجب أن تسوى في نفس البيئة التي نشأت فيها وباستعمال نفس التقنيات التي أبرمت بها هذه العقود، أصدرت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي سنة 2017، ملاحظاتها التقنية بشأن تسوية المنازعات بالطرق الالكترونية أو بالاتصال الحاسوبي المباشر.

من جهته الاتحاد الأوروبي أصدر العديد من التوجيهات والأنظمة والتوصيات التي تدعو الدول الأعضاء إلى إصدار القوانين والتنظيمات التي تنظم التجارة الالكترونية، والقيام بالخدمات المالية والمصرفية الالكترونية، وكذا تنظيم إصدار وإدارة النقود الالكترونية وتنظيم خدمات الدفع الالكتروني، وتجريم الأعمال غير المشروعة المتعلقة بها، وتنظيم الطرق البديلة لتسوية المنازعات المتعلقة بها.

وفي هذا السياق أصدر المجلس الأوروبي التوجيه رقم 31/2000 المتعلق بالتجارة الالكترونية، ثم أصدر التوجيه الأوروبي رقم 65/2002 المتعلق بالتسويق عن بعد للخدمات المالية للمستهلكين. هذا التوجيه الأخير كان له الأثر العميق في تنظيم العقود الالكترونية المتعلقة بالخدمات المالية والمصرفية. وفي سنة 2009 أصدر توجها آخر يحمل رقم 110/2009، متعلق بالدخول إلى نشاط مؤسسات النقود الالكترونية والرقابة عليها. ونظرا للتطور الهائل والكبير في وسائل وأنظمة الدفع، تم إصدار التوجيه رقم 2366/2015 المتعلق بخدمات الدفع في السورق الأوربية المشتركة.

ولأن كل عقود الخدمات البنكية والمالية قد تنتج بمناسبة تنفيذها منازعات من شأنها أن تؤثر على ثقة المستهلكين في استعمال الوسائل الإلكترونية في الميدان المدني والتجاري، فقد أصدر الاتحاد الأوروبي التوجيه رقم 65/2008 المتعلق ببعض مظاهر الوساطة في المواد المدنية والتجارية، والذي شجع المتقاضين على حل نزاعاتهم المدنية والتجارية باستعمال الطرق البديلة عن القضاء العادي، وذلك عن طريق وسائل الاتصال الالكترونية. ونظرا لما يمكن أن يصاحب الانتشار الكبير لاستعمال وسائل الدفع وخاصة منها الإلكترونية، من غش وجرائم فقد أصدر الاتحاد الأوروبي توجيها حديثا تحت رقم 713/2019 بتاريخ 17 أفريل 2019، متعلق بمكافحة الغش والتزوير في وسائل الدفع من غير النقود.

أما في الجانب العربي فقد أصدر مجلس وزراء العدل العرب سنة 2009، القانون العربي الإسترشادي للمعاملات والتجارة الالكترونية، الذي يهدف إلى تعزيز التطور القانوني والتجاري لتطبيق التجارة الالكترونية، ومنها الخدمات المصرفية الالكترونية، بصفة مضمونة. كما يهدف ذات القانون إلى تدعيم الثقة في صحة وسلامة المعاملات والعقود والمراسلات والسجلات الالكترونية، ومنها العقود

والمعاملات المالية الالكترونية. وكذا تشجيع وتسهيل إجراء المعاملات والتجارة بالوسائل الالكترونية، وذلك بهدف حماية حقوق المتعاملين الكترونيا وتحديد التزاماتهم.

وبالمقابل لهذا التطور التقني والقانوني الكبير في مجال الخدمات المصرفية والمالية الالكترونية التي شهدها العالم المتطور، من خلال تنظيم وتقنين تقديم الخدمات والعمليات المصرفية والمالية الالكترونية، فإن الوضع التقني أو القانوني في الجزائر لم يواكب هذا التطور الحاصل على المستوى الدولي. فلم تواكب الجزائر هذا التطور الحاصل في الميدان المالي والمصرفي لا تقنيا ولا قانونيا. ورغم الاهتمام المبكر للجزائر بمحاولة عصرنة قطاع البنوك والمؤسسات المالة من الناحية التقنية، من خلال إنشاء شركة النقد الآلي والعلاقات التلقائية بين البنوك (**SATIM**) سنة 1994 من طرف ثمانية بنوك جزائرية. حيث أوكلت لهذه الشركة مهمة تطوير وتحديث وسائل الدفع الالكترونية، ووضع القاعدة التقنية والتنظيمية للوصول إلى توافق فعلي بين الفاعلين في شبكة النقد الآلي في الجزائر، وكذا تطوير منتجات الصيرفة الالكترونية، إلا أن انطلاقتها كانت جد متواضعة، اتضح ذلك بمجرد إنشاء بعض الموزعات الآلية للأوراق النقدية أو الشبابيك الآلية للبنوك وتوزيعها على المستوى الوطني.

إن الانطلاقة الفعلية للعمل بالبطاقة الالكترونية بين البنوك « **CIB** » من خلال الموزعات والشبابيك البنكية لم تتم إلا سنة 2006، ومع هذا بقي استعمال البطاقات البنكية في الجزائر، المظهر الوحيد لوسائل الدفع الالكترونية، محصورا جدا في عملية سحب الأموال من الشبابيك البنكية أو بريد الجزائر، عن طريق البطاقة البيبنكية أو عن طريقة بطاقة الذهبية لبريد الجزائر في ما بعد. ورغم محاولة الجزائر إعادة بعث المشروع من جديد سنة 2016 عن طريقة انشاء وزارة للاقتصاد الرقمي، إلا أن هذه الوزارة لم تعمر طويلا وتوقف المشروع بعد اختفاء الوزارة من الطاقم الحكومي.

وبعد تردد كبير، أصبح تعميم استعمال وسائل الدفع العصرية عن طريق تطوير شبكة الموافقة على الدفع الالكتروني من أهم محاور الإصلاح المصرفي والمالي، في إطار آليات متابعة تنفيذ التمويل غير التقليدي الذي جاء به التعديل الأخير لقانون النقد والقرض[1].

هذا من الجانب التقني، أما الجانب القانوني فلم يكون الأمر أحسن حالا، فلم يعترف المشرع الجزائري بالطاقات البنكية الالكترونية إلا سنة 2005 من خلال الاعتراف ببطاقتي الدفع والسحب بعد تعديل القانون التجاري، ولم يعترف أصلا ببطاقة الائتمان. ولم يصدر المشرع الجزائري قوانين تنظم قيام البنوك الجزائرية بالعمليات أو الخدمات المصرفية الالكترونية ولا وسائل الدفع الالكتروني، كما هو الأمر في بعض الدول العربية، واكتفى بنك الجزائر بإصدار بعض الأنظمة التي تحدد الخصائص التقنية والفنية للبطاقات البنكية التي يجب أن يلتزم بها مصدرو البطاقة، وكذا تحديد المواصفات التقنية للموزعات والشبابيك الآلية للبنوك ونهائيات الدفع الالكتروني، التي تعمل عليها هذه البطاقات. وفي المجال

[1]- أنظر ملحق المرسوم التنفيذي رقم 18-66 المؤرخ في 05 مارس 2018، المتضمن آلية متابعة التدابير والإصلاحات الهيكلية في إطار تنفيذ التمويل غير التقليدي، ج ر قم 15 بتاريخ 08 مارس 2018.

الالكتروني عموما، أخيرا أصدر المشرع الجزائري قانون التوقيع والتصديق الالكترونيين سنة 2015، كما أصدر سنة 2018 قانون التجارة الالكترونية، لكن لم تصدر بعد، معظم المراسيم التنفيذية الخاصة بهما.

إن التحول من نظام العمليات المصرفية التقليدية أو الكلاسيكية إلى نظام أو طريقة العمليات المصرفية الالكترونية كان له عظيم الأثر في دفع التجارة الالكترونية، فلا يمكن الحديث عن تجارة الكترونية في ظل غياب وسائل الدفع الالكترونية. وقد جاء في التقرير التمهيدي لعرض مشروع قانون التجارة الالكترونية على المجلس الشعبي الوطني "أن مشروع هذا القانون يأتي لسد الفراغ في الترسانة القانونية في مجال إبرام العقود ما بين المتعامل الاقتصادي والزبون عبر وسائط الاتصال الالكتروني، وكذا في مجال الدفع الالكتروني"[1].

كما كان لهذا التحول أثرا إيجابيا كبيرا على البنوك والمؤسسات المالية التي اعتمدت هذه العمليات، وكذا على الزبائن وحتى النظام الاقتصادي للدولة. فلقد مكنت هذه الطريقة البنوك الكبرى من سرعة تقديم هذه العمليات لفائدة زبائنها ونيل رضاهم، والاقتصاد في النفقات اللازمة للقيام بمختلف هذه العمليات نتيجة كثرة الاعتماد على الوسائل والبرامج التقنية والشبكات الالكترونية، وتخفيض تكاليف العمال وتسيير وإيجار الوكالات البنكية على الأرض. كما مكن التحول نحو العمليات المصرفية الالكترونية الزبائن من التقليل من عناء التنقل للوكالات البنكية للقيام بمختلف العمليات، ومن ثم سرعة الاستفادة من الخدمات والاقتصاد في الجهد والوقت اللازمين للقيام بالعملية المصرفية.

ولقد جاء في التقرير التمهيدي لعرض مشرع قانون التجارة الالكترونية، السابق ذكره، أن توسيع استخدام المبادلات التجارية والدفع عن طريق الاتصال الالكتروني في معظم الدول، كان له عظيم الدور في تنامي الاقتصاديات الحديثة.

إن مصطلح نظام قانوني يمكن أن يكون ترجمة لمصطلحي « Système juridique » أو « Ordre juridique »، ومنه يمكن القول أن النظام القانوني يقصد به القواعد التي تفرض على الجماعة من قبل المشرع، كما يقصد به الهيكل أو التنظيم الذي تطبق داخله هذه القواعد[2]. ويمكن أن يقصد به أيضا، تحديد مجموعة قانونية تضم قواعد تضمن حل المشاكل التي تعترض مجتمع ما[3].

ومنه فالنظام القانوني للعمليات المصرفية الالكترونية، الذي نحن بصدد البحث عنه في هذه الدراسة، هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم وتضبط علاقات مختلف الأطراف، من بنوك ومختلف الهيئات المالية والزبائن، بمناسبة القيام بالعمليات المصرفية ذات الطبيعة الالكترونية، لا سيما في ما

---

[1]- الجردة الرسمية للمناقشات، الفترة التشريعية الثامنة 2017-2018، السنة الأولى العدد 41، بتاريخ 19 فيفري سنة 2018، ص 5.

[2]- عرف الاستاذ RIGAUX. F النظام القانوني على أنه: "مجموعة متناسقة من القواعد التي تأتي من مصادر مترابطة على نحو تدريجي، وتستلهم نفس المجموعة من المبادئ، ونفس الرؤية للحياة وللعلاقات داخل الوحدة الاجتماعية التي يجب أن تحكمها". نقلا عن صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2008، ص 296.

[3]- عصام نجاح، القانون المقارن والانظمة القانونية الكبرى، دار العلوم للنشر والتوزيع، عناية، 2011، ص 59.

يخص شروط ورخص القيام بهذه العمليات والعقود التي تضبطها ونظام المسؤولية وطرق تسوية المنازعات الناشئة عنها.

تتناول هذه الدراسة موضوع النظام القانوني للعمليات المصرفية الالكترونية، وتهتم بالأساس بتحديد ماهية العمليات المصرفية الإلكترونية والبنوك الالكترونية، وتفصيل أهم هذه العمليات، وكذا البيئة الافتراضية الجديدة التي تتم فيها هذه العمليات، وتبيان للهيئات الجديدة الوافدة على القطاع المصرفي التي رخص لها القانون المقارن القيام ببعض العمليات المصرفية الالكترونية، وتأمين المخاطر المتعلقة بها. وتفصل التنظيم القانوني للعلاقات المستحدثة في نظام تقديم العمليات والخدمات المصرفية عن بعد أو بطريقة الكترونية، التي أفرزها التطور الهائل في قطاع الاعلام والاتصالات الالكترونية، وكذا التطور التقني الكبير في أنظمة ووسائل الدفع، والتي لم تكن معروفة ولا مألوفة في العمل المصرفي والمالي من قبل. كما يتناول هذا البحث دراسة التنظيم التعاقدي للعمليات المصرفية الإلكترونية من خلال دراسة طرق إبرام وإثبات العقود المصرفية الكترونية وخصوصية أطرافها. ويوضح شروط تقديم الخدمات المصرفية الإلكترونية ومختلف الرخص اللازمة لذلك، وكذا شروط قيام البنوك بتقديم العمليات المصرفية بطريقة الكترونية.

واستكمالا لمختلف جوانب الدراسة يستدعي الأمر معالجة نظام المسؤولية عن العمليات المصرفية الالكترونية، من خلال التأسيس للمسؤولية المدنية الناشئة عن اخلال مختلف أطراف العلاقة بالالتزامات التعاقدية أو القانونية بمناسبة القيام بالعمليات المصرفية الالكترونية، وكذا المسؤولية الجزائية عن القيام غير المشروع بالعمليات والخدمات المصرفية الالكترونية، وكذا الاستخدام غير المشروع لوسائل الدفع الالكترونية.

ويتناول البحث أيضا، محاولة وضع قواعد لنظام خاص لتسوية منازعات العمليات المصرفية الالكترونية، من خلال البحث في مدى ملاءمة قواعد الاختصاص القضائي التقليدية لفض هذه المنازعات، وكذا البحث عن القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود مصرفية خاصة تبرم وتنفذ الكترونيا عن بعد وفي فضاء افتراضي. كما يتطرق البحث أيضا لدراسة تسوية منازعات العمليات المصرفية الالكترونية بالطريق القضائي أو بالطرق البديلة عن القضاء.

ورغم الطابع الفني والتقني لموضوع العمليات المصرفية الالكترونية، والاتصال الوثيق لهذا الموضوع بتكنولوجيا الاعلام والاتصالات الالكترونية من جهة، واتصاله الوثيق بالجانب الاقتصادي والمالي من جهة أخرى، فقد حرصنا في هذا البحث على عدم الخوض في التفاصيل التقنية والفنية الدقيقة المتعلقة بالعمليات المصرفية الإلكترونية وكيفية عمل وإدارة أنظمة ووسائل الدفع الالكترونية بمختلف أنواعها، وكذا تجنبنا الحديث عن تفاصيل وطرق عمل وإدارة البنوك الالكترونية أو البنوك على الأنترنت، ومختلف الشروط التقنية اللازمة لها، وهذا حتى لا يخرج البحث من إطاره القانوني إلى المجال التقني أو

الفني. كما حرص الباحث أيضا على عدم الخوض في الجوانب الاقتصادية والمالية للعمليات المصرفية الالكترونية، والمزايا والآثار الاقتصادية والمالية الكبيرة التي يمكن أن تجنيها الدولة والبنوك والزبائن من خلال الانخراط في النظام المصرفي الذي يشجع ويدعم العمليات والخدمات المصرفية الكترونية، وذلك حتى لا يخرج البحث من إطاره القانوني إلى المجال الاقتصادي والمالي.

تستمد هذه الدراسة أهميتها من الانتشار الواسع والكبير، وخاصة في الدول المتطورة، للعمليات والخدمات المصرفية التي تتم بطريقة الكترونية، ومن غير استعمال للورق ولا لوسائل الدفع الكتابية، ومن غير اتصال مباشر بين الزبون والبنك. حيث وصلت المبالغ المالية المحولة الكترونيا عبر مختلف الوسائط الإلكترونية إلى مئات المليارات من الدولارات سنويا. وكذا ضرورة مواكبة التطور التشريعي والقانوني للتطور التقني الحاصل في هذا القطاع الاقتصادي الهام، وذلك من خلال البحث عن الإطار القانوني المناسب لتنظيم هذا الفرع من هذا النشاط الاقتصادي الذي ينمو ويتطور بسرعة فائقة ويوما بعد يوم، بتطور التقنيات والوسائل التكنولوجية في ميدان الإعلام والاتصال. ومنه تبرز أهمية وضرورة البحث عن النظام القانوني الذي يجب أن تتم من خلاله العمليات المصرفية الإلكترونية، وذلك من خلال تنظيم العقود الإلكترونية التي تحدد حقوق والتزامات مختلف الأطراف المتدخلة في هذه العمليات المصرفية المبتكرة، وكذا ضرورة توفير الحماية القانونية لكل المتعاملين، وخاصة المستهلك الطرف الضعيف في العقد، من خلال تحديد مسؤولية الأطراف بمناسبة الاخلال بالالتزامات المتعلقة بالقيام بهذه العمليات، وكذا البحث عن الإطار القانوني المناسب لتسوية النزعات التي قد تنشأ عن القيام بهذه العمليات المالية الهامة.

الهدف العام لهذه الدراسة هو البحث عن النظام القانوني الذي يحكم وينظم تقديم العمليات المصرفية الإلكترونية عن بعد. ومنه فالأهداف الجزئية تتعلق أساسا بضبط وتحديد مفهوم العمليات المصرفية الالكترونية، وضرورة تأمين القيام بهذه العمليات، والبحث عن الشروط الواجب توافرها في البنوك والمؤسسات المالية للقيام بهذه العمليات، وكذا البحث عن النظام القانوني الخاص المطبق على العقود المصرفية الالكترونية المنظمة لهذه العمليات. وتهدف الدراسة أيضا إلى البحث عن نظام اثبات وتوثيق العقود المصرفية الالكترونية، ودراسة أسس قيام المسؤولية بمناسبة تقديم العمليات المصرفية الالكترونية، والبحث عن الجهة القضائية والنظام القانوني المطبق على المنازعات المتعلقة بها.

هذا الموضوع من الموضوعات الحديثة التي لم يتم تناوله بمختلف جوانبه من طرف الباحثين، ولقد وجدنا بعضا من الدراسات تناولت أجزاء متفرقة من جوانبه، نذكر من هذه الدراسات:

– دراسة عيسى لافي حسن الصمادي، بعنوان المسؤولية القانونية للعمل المصرفي الالكترونية في التشريع الأردني –التحويل المالي الالكتروني– أطروحة دكتوراه بجامعة الجزائر1، سنة 2010. ركزت هذه الدراسة على جانب قانوني واحدة وهو المسؤولية المدنية لنوع واحد من العمليات المصرفية الالكترونية

وهي التحويل المالي الالكتروني، وتمت الدراسة من خلال التشريع الأردني. تعرضت الدراسة لماهية التحويل المالي الالكتروني، وآلية عمله والآثار القانونية الناتجة عن القيام به، وكذا المسؤولية العقدية والتقصيرية لأطراف عملية التحويل، وكذا طرق اثبات عملية التحويل المالي الالكتروني.

– دراسة حوالف عبد الصمد، بعنوان النظام القانوني لوسائل الدفع الالكترونية في الجزائر دراسة مقارنة، سنة 2016. اقتصرت هذه الدراسة على نوع واحد من العمليات المصرفية الإلكترونية وهو إدارة وسائل الدفع الالكترونية التي قامت بدراستها من خلال القانون المقارن. تناول فيها الباحث التعريف بوسائل الدفع الالكترونية، والعلاقات الناشئة عند استخدام مختلف هذه الوسائل، والآليات الخاصة بالنقود الالكترونية، والمخاطر المترتبة عن استعمال وسائل الدفع الالكتروني والسبل الكفيلة بمواجهتها، وكذا المسؤولية المترتبة عن استعمال وسائل الدفع الالكترونية، في شقيها الجزائي والمدني.

– دراسة علاء التميمي، التنظيم القانوني للبنك الالكتروني على شبكة الانترنت، سنة 2012. لم تتناول هذه الدراسة نشاط البنك الالكتروني الذي هو العمليات المصرفية الالكترونية، إنما ركزت على الجانب التنظيمي لإنشاء البنك الالكتروني والشروط اللازمة لذلك، حيث فصلت في طرق انشاء البنك الالكتروني على الشبكة والرقابة عليه، والعقود المصرفية اللازمة لقيام البنك الالكتروني، وكذا أمن البنك الالكتروني وصور الاعتداءات التي تستهدفه.

ومن الدراسات باللغة الفرنسية التي تناولت جوانب من الموضوع نذكر:

- Georges Daladier ABI-RIZK, L’internet au service des opérations bancaires et financières. Thèse de doctorat, université PARIS II, année 2006.

تناولت هذه الدراسة الأنترنت في خدمة العمليات المصرفية والمالية من خلال القانون الفرنسي، سنة 2006، ولذا فهي تعتبر قديمة نوعا ما نظرا لطبيعة الموضوع التقنية، حيث صدرت كثير من القوانين الفرنسية بعد هذه الدراسة. كما ركزت هذه الدراسة على حماية المستهلك في مواجهة العمليات المصرفية والمالية على الانترنت. وتناولت شروط القيام بالعمليات المصرفية الإلكترونية في دول الاتحاد الأوروبي، والأمن القانوني والتقني للعمليات المصرفية والمالية على شبكة الانترنت، وطرق فض النزاعات الدولية لمختلف هذه العمليات. كما تناولت الدراسة أيضا اثبات التحويلات المصرفية والمالية، وحماية المستهلكين في مواجهة العروض المصرفية على الخط، وحماية المعطيات الشخصية خلال القيام بهذه العمليات.

- Fatima Zahra BOULAICH BAYSSA, Les prestations financières en ligne. Thèse de doctorat, université PARIS I, année 2012.

تطرقت هذه الدراسة لتقديم الخدمات المالية على الخط من خلال القانون الفرنسي والقانون الأوروبي، انطلاقا من التوجيه الأوربي رقم 2002–65 المتضمن تسويق الخدمات المالية للمستهلكين عن بعد. موضوع هذه الدراسة يشمل كل القطاعات المالية بما فيها البنوك وشركات التأمين والتقاعد، حيث تناولت التعبير عن الإرادة في عقود الخدمات المالية عن بعد، وتسوية نزاعات التحويلات المالية الالكترونية. وكذا أمن عمليات الدفع على الخط، والدفع الالكتروني، وحماية المعطيات الشخصية في القطاع المالي.

غير أن دراستنا هذه تمتاز بالشمولية لجميع العمليات المصرفية الالكترونية، فهي تتناولها ككتلة واحدة، بما لها من خصوصيات تجمعها وتميزها عن غيرها، مع التفصيل في بعض العمليات التي نراها ذات أهمية، منها العمليات المتعلقة بالبطاقات البنكية الالكترونية وعميات التحويل الالكتروني للأموال وكذا عمليات إصدار وإدارة النقود الالكترونية. هذا من جهة، ومن جهة أخرى تتميز هذه الدراسة بالشمول في دراسة كل المواضيع ذات الصلة بالنظام القانوني للعمليات المصرفية الالكترونية، كإبرام وإثبات عقود العمليات المصرفية الالكترونية وخصوصيتها واطراف العقد، والمسؤولية المترتبة عن هذه العلميات وطرق تسوية المنازعات المتعلقة بها.

تقوم إشكالية هذه الدراسة على فكرة ضرورة مواكبة التطور القانوني للتطور التقني الكبير الحاصل في القطاع المالي والمصرفي، والانتشار الكبير للعمليات المصرفية الالكترونية.

فلقد أصبحت العمليات المصرفية الالكترونية طريقة مستحدثة وأمرا واقعا. فهي سهلة ومفضلة للقيام عن بعد بمختلف المعاملات المالية بين الزبون والبنك. يأتي هذا في ظل غياب تنظيم قانوني خاص في الجزائر ينظم ويضبط هذه العمليات المصرفية المستحدثة، الأمر الذي شكل فراغا تشريعيا في مجال من أكثر المجالات تأثرا بالتطور التقني، وفي قطاع من أكثر القطاعات الاقتصادية الحيوية في الدولة، ألا وهو القطاع المصرفي والمالي. كما أن بعض العمليات المصرفية الالكترونية الجديدة لا يمكن ردها إلى عملية مصرفية تقليدية، لأنها جاءت نتيجة بيئة الكترونية مستحدثة، ومن ثم لا يمكن إخضاعها لنظام قانوني سابق.

إن ابرام وتنفيذ عقود العمليات المصرفية يتم بطريقة الكترونية في واقع افتراضي، يفتقر للدعامة الورقية المادية، فهذه العقود والعمليات المتعلقة بها مسجلة على دعامات الكترونية، مما يطرح اشكالية معادلة السند الالكتروني للسند الورقي في حجية واثبات مختلف هذه العمليات. كما تتضح إشكالية هذه الدراسة أيضا في الأساس القانوني الذي تقوم عليه المسؤولية الناتجة عن الإخلال بالالتزامات التعاقدية وغير التعاقدية لهذه العمليات الالكترونية، ومدى إمكانية تجريم الأعمال غير المشروعة المرتبطة بها، في ظل عدم النص عليها في قانون العقوبات.

كما تثير هذه الدراسة أيضا بعدا دوليا لكون معظم هذه العمليات ذات طابع دولي فهي عابرة للحدود، ومن ثم وجب التساؤل عن القضاء المختص، كما وجب البحث عن القانون الواجب التطبيق على المنازعات الناشئة عنها.

ومن هنا، فإن الاشكالية التي نعمل على الإجابة عليها من خلال هذه الدراسة يمكن صياغتها في التساؤل التالي:

هل القواعد القانونية المنظمة للعمليات المصرفية في الجزائر كفيلة بتنظيم العمليات المصرفية الالكترونية، من جهة، وتسمح بتطور النشاط البنكي من جهة أخرى، أم يستدعى الأمر استحداث فرع قانوني مستقل وقائم بذاته لتنظيمها؟

من أجل دراسة هذا الموضوع والإحاطة بمختلف جوانبه القانونية، ونظرا لحداثته وقلة الدراسات القانونية التي تناولته بشموله وبمختلف جزئياته، ونظرا لعدم وجود نصوص قانونية تنظم العمليات المصرفية الالكترونية في التشريعي الجزائري، اعتمدنا في هذه الدراسة على أكثر من منهج.

دعت حداثة الموضوع إلى تناوله بمنهج تأصيلي، يسعى إلى رد الفروع إلى أصولها القانونية المستقرة في النظام القانوني المصرفي الجزائري، إن وجدت، وذلك من خلال النظر في مدى استيعاب هذه الأصول، من خلال النصوص القانونية المتوفرة، لما أفرزه التطور التكنولوجي لتقنيات الإعلام والاتصالات الالكترونية، وتأثيرها على عمليات البنوك الالكترونية. ومدى ملائمة المبادئ القانونية الثابتة للقانون المصرفي لحكم وتنظيم هذه العمليات المصرفية المبتكرة. ومن ثم فإن المرجع الأول لهذه الدراسة هو القانون المصرفي الجزائري بمختلف درجاته. كما حاولنا رد مختلف محاور هذه الدراسة إلى المبادئ المستقرة في النظرية العامة للعقود، والنظرية العامة للمسؤولية في شقيها المدني والجزائي. أما في محور المنازعات وبحكم أن العمليات المصرفية الإلكترونية قد تكون عمليات دولية في معظم الأحيان، وتبرم عقودها بين أطراف من مختلف الدول، فقد حاولنا ردها إلى المبادئ المستقرة في القانون الدولي الخاص.

كما دعت طبيعة الموضوع إلى تبني نظرة تحليلية للطبيعة التقنية للعمليات المصرفية الالكترونية، من أجل فهم جيد لطبيعة العلاقات الناشئة بين مختلف الأطراف بمناسبة القيام بمختلف هذه العمليات، ومن ثم محاولة فهم طبيعة مختلف الالتزامات القانونية والمسؤوليات الناشئة عن هذه العلاقات سواء كانت تعاقدية أو غير تعاقدية، ومن ثم محالة إيجاد القالب القانوني المناسب لهذه العلاقات وتطبيق النظام القانوني المناسب لها على العمليات المصرفية الالكترونية، ما أمكن ذلك ومن غير لي لأعناق النصوص القانونية.

كما اعتمدنا في هذه الدراسة على المنهج التحليلي، من خلال تحليل مضمون مختلف النصوص القانونية بمختلف درجاتها، وكذا تحليل مضمون مختلف القوانين النموذجية أو التوجيهات أو التنظيمات أو العقود النموذجية ومختلف الوثائق ذات الصلة بالموضوع، الصادرة عن مختلف الهيئات الدولية والإقليمية. وكذا تحليل محتوى ما ندر من الأحكام القضائية ذات الصلة بالموضوع. وذلك في ظل التوجه الكبير للقانون المقارن إلى توفير حماية كبيرة للمستهلك المتعاقد مع البنك للقيام بمختلف العمليات المصرفية، وخاصة من خلال حمايته بالزام البنك بإعلام المستهلك وحمايته من الشروط التعسفية، وحقه في العدول، ونقل عبء الاثبات والتشجيع على الطرق البديلة لحل المنازعات.

كما دعا غياب التنظيم القانوني لموضوع العمليات المصرفية الالكترونية، في القانون الجزائري، إلى اعتماد المنهج المقارن، من خلال المقارنة بين مختلف النصوص القانونية، الصادرة عن مختلف الدول والهيئات والمنظمات الدولية أو الإقليمية، التي كانت سباقة في التنظيم القانوني لهذه المواضيع.

تقتضي دراسة موضوع النظام القانوني للعمليات المصرفية الالكترونية، التطرق أولا لتحديد مفهوم وخصوصية العمليات المصرفية الإلكترونية، وضرورة تأمين القيام بهذه العمليات في البيئة الالكترونية المفتوحة، ثم دراسة أساس هذه العمليات وهي العقود المصرفية الإلكترونية من خلال التطرق إلى ابرام وإثبات هذه العقود، ودراسة خصوصية أطرافها. كما تقتضي دراسة هذا الموضوع التطرق لنظام المسؤولية الناشئة عن القيام بمختلف العمليات المصرفية الالكترونية من خلال دراسة الإشكالات القانونية لمختلف أنواع هذه المسؤولية. ولأن قيام هذه المسؤولية لا بد أن يتبعه البحث عن طرق تسوية النزاعات الناشئة عنها، فقد أخرنا دراسة نظام تسوية النزاعات الناشئة بمناسبة أداء العمليات المصرفية الالكترونية إلى نهاية الدراسة.

ومن أجل الإحاطة بمختلف جوانب الموضوع قسمنا الدراسة إلى بابين، تطرقنا في الباب الأول إلى خصوصية العمليات المصرفية الالكترونية: نحو تشكيل نظرية عقد مصرفي الكتروني، وقسمناه إلى فصلين، تناولنا في الفصل الأول خصوصية العمليات المصرفية الالكترونية، وتناولنا في الفصل الثاني أساس العمليات المصرفية الالكترونية. وتطرقنا في الباب الثاني للمسؤولية البنكية وتسوية المنازعات الناشئة بمناسبة أداء العمليات المصرفية الالكترونية، وقسمناه إلى فصلين، تناولنا في الفصل الأول نظام المسؤولية عن العمليات المصرفية الالكترونية، وتناولنا في الفصل الثاني نظام تسوية منازعات العمليات المصرفية الالكترونية.

الباب الأول

خصوصية العمليات المصرفية الالكترونية: نحو تشكيل نظرية عقد مصرفي الكتروني

تقوم معظم البنوك المتطورة التي تبنت التقدم الحاصل في تكنولوجيا أنظمة الاعلام والاتصال حاليا، بتقديم كثيرا من العمليات المصرفية الالكترونية الحقيقية، وليس مجرد خدمات اعلامية أو اتصالية، حيث تمكن معظم هذه البنوك زبائنها من فتح وإدارة مختلف أنواع الحسابات المصرفية عن بعد وبطريقة الكترونية، كما تمكن هذه البنوك زبائنها من القيام بمختلف عمليات الدفع باستعمال مختلف البطاقات الالكترونية أو الدفع عن طريق الانترنت أو الدفع عن طريق الهاتف الذكي. وتقوم بعض البنوك أيضا باقتراح على زبائنها كثير من المنتوجات المتعلقة بمختلف صيغ عمليات القرض المصرفي بطريقة الكترونية. تقدم البنوك مختلف هذه الأنواع من العمليات المصرفية الالكترونية بعد ابرام مختلف العقود المتعلقة بهذه العمليات عن بعد وباستعمال مختلف الشبكات الالكترونية، ويتم التعبير عن ارادة طرفي العقد عن بعد ومن غير ضرورة لتنقل الزبون لمقر الوكالة.

تثير دراسة خصوصية العمليات المصرفية الالكترونية عدة اشكالات تتعلق أساسا بتحديد مفهوم العمليات المصرفية الالكترونية وما يميزها عن العمليات المصرفية العادية أو التقليدية، وطبيعة البيئة الالكترونية الافتراضية التي يتم فيها تنفيذ هذه العمليات من خلال مختلف الأجهزة والوسائل الحديثة للإعلام والاتصال، وضرورة تأمين هذه العمليات في هذه البيئة الالكترونية المفتوحة على كل المخاطر.

وتثير دراسة النظام التعاقدي للعمليات المصرفية الإلكترونية عدة اشكالات قانونية، تتعلق أساسا بطبيعة وخصوصية العقد المصرفي الالكتروني المبرم والمنفذ عن بعد، من غير الحضور الفعلي للعميل لمقر البنك، ومن ثم طرق التعبير عن الإرادة عن بعد والاشكالات المتعلقة بإثبات هذا العقد في غياب الدعامة المادية التي تتم عليها كتابة مختلف بنود العقد. وكذا طرق إثبات العملية المصرفية في حد ذاتها والتأكد من صفة وهوية القائم بها، أو ما يسمى بالتصديق. كما يثير المركز القانوني للمستهلك، الطرف الضعيف في العقد المصرفي الالكتروني، اشكالات تتعلق بعدم توزان المراكز القانونية لطرفي العقد، والحماية القانونية المفرطة في بعض الحالات، التي أقرتها مختلف التشريعات الحديثة للمستهلك الالكتروني.

من خلال كل ما سبق، ومن أجل دراسة موضوع خصوصية العمليات المصرفية الإلكترونية وفكرة تشكيل نظرية عقد مصرفي الكتروني قسمنا هذا الباب إلى فصلين، نتناول دراسة خصوصية العمليات المصرفية الالكترونية في الفصل الأول، على أن نتناول دراسة العقد المصرفي الالكتروني أساس هذه العمليات، في الفصل الثاني.

الفصل الأول

خصوصية العمليات المصرفية الإلكترونية

ترتب عن استخدام البنوك والمؤسسات المالية للوسائل والبرامج المتطورة لتكنولوجيا الاعلام والاتصال على الشبكات الالكترونية، ظهور مصطلحات كثيرة منها: العمليات المصرفية الالكترونية، البنوك الالكترونية، البنوك على الانترنت، العمليات المصرفية على الانترنت، الصيرفة الالكترونية، وغيرها من المصطلحات التي تشير كلها إلى تقديم البنوك للعمليات والخدمات المصرفية القديمة والمبتكرة بطريقة إلكترونية، أي عن بعد باستعمال وسائل الاتصال الإلكترونية وعن طريق شبكة الانترنت.

تتميز العمليات المصرفية الالكترونية الوافد الجديد على النشاط المصرفي، عن غيرها من العمليات المصرفية التقليدية أو الكلاسيكية من حيث المفهوم والخصائص وطبيعة البيئة الافتراضية التي تتم فيها هذه العمليات، وكذا وطبيعة الهيئات الجديدة التي تقدم هذه العمليات المبتكرة للمستهلكين أو للمهنيين، وطبيعة موقع الانترنت الذي تقوم من خلاله البنوك والمؤسسات المالية بتقديم هذه العمليات المالية.

ومنه فدراسة خصوصية العمليات المصرفية الالكترونية، تقتضي التطرق لتحديد مفهومها وتمييزها عن العمليات المصرفية العادية أو التقليدية، ودراسة البيئة الافتراضية التي تتم فيها هذه العمليات وما يميزها من مخاطر أمنية أو تشغيلية أو قانونية، وضرورة قيام مختلف البنوك والمؤسسات المالية ومختلف الهيئات غير البنكية التي تقدم هذه العمليات للمستهلكين، بحسن إدارة هذه المخاطر، حتى تنتشر الثقة بين المستهلكين والتجار أو المهنيين في هذه العمليات، ومن ثم يزداد الاقبال عليها و ينتشر استعمالها أكثر.

تقتضي دراسة موضوع خصوصية العمليات المصرفية الالكترونية التطرق للحديث عن ماهية العمليات المصرفية الالكترونية في مبحث أول، ثم التطرق للبيئة الالكترونية التي تتم فيها هذه العمليات المصرفية في مبحث ثان.

المبحث الأول

ماهية العمليات المصرفية الالكترونية

عرفت لجنة بازل، العمليات المصرفية الإلكترونية، في تقرير لها سنة 1998، بأنها عبارة عن الخدمات المصرفية صغيرة القيمة التي تقدم من خلال القنوات الالكترونية. كما تم تعريفها من قبل المجلس الامريكي للرقابة على المؤسسات المالية الفدرالية بأنها، عبارة عن تقديم الخدمات المصرفية الجدية والتقليدية بصورة مباشرة للعملاء من خلال قنوات التسليم الالكترونية التفاعلية، وذلك على نحو يمكن العملاء من الدخول للحساب والحصول على معلومات خاصة بالخدمات التي يقدمها البنك عبر مختلف الشبكات[1].

غير أنه مع التطور السريع لوسائل الإعلام والاتصال وأنظمة الدفع الالكترونية، لم تعد العمليات المصرفية الإلكترونية تقتصر على الخدمات المالية صغيرة القيمة، أو على مجرد تقديم المعلومات المتعلقة بها، أو الاطلاع على الحسابات، بل أصبحت مختلف البنوك التي انخرطت في هذا المسعى، تقدم مختلف العمليات المصرفية بصورة حقيقة وفعلية للزبائن عن بعد ومن غير الحضور الفعلي إلى مقر البنك، بل وأكثر من هذا أصبحت هذه البنوك تقدم عمليات مصرفية جديدة ومبتكرة لم تكن موجودة من قبل، بل هي نتيجة استعمال البنوك لهذه الوسائل والبرامج التقنية الحديثة. من هنا وجب التطرق في بداية هذه الدراسة لماهية العمليات المصرفية الالكترونية، وما لها من خصوصية تميزها عن غيرها من العمليات التقليدية، تجعلها جديرة بالبحث عن النظام القانوني الخاص المطبق عليها.

نتناول في هذا المبحث دراسة خصوصية العمليات المصرفية الالكترونية من خلال الحديث عن مفهوم وخصائص العمليات المصرفية الالكترونية في المطلب الأول، ثم نتناول أمثلة أو نماذج لأهم هذه العمليات المصرفية الالكترونية في المطلب الثاني.

المطلب الأول

مفهوم العمليات المصرفية الالكترونية

ظهر نشاط البنوك في شكل عمليات مصرفية منذ وقت بعيد، بينما ظهرت العمليات المصرفية الإلكترونية في نهاية القرن الماضي عندما أدخلت البنوك وسائل الإعلام والاتصال الالكترونية في إدارة مختلف عملياتها. ومنه لا يمكن أن يتضح مفهوم العمليات المصرفية الإلكترونية دون الحديث عن الأصل، العمليات المصرفية التقليدية. ومن هنا قبل التطرق لمفهوم العمليات المصرفية الإلكترونية، وجب التطرق أولا لمفهوم العمليات المصرفية التقليدية أو الكلاسيكية في الفرع الأول، ثم التطرق لمفهوم العمليات المصرفية الالكترونية، الوافد الجديد على النشاط المصرفي في الفرع الثاني.

[1]- نقلا عن علاء التميمي، التنظيم القانوني للبنك الالكترونية على شبكة الانترنت، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2012، ص 23.

الفرع الأول
مفهوم العمليات المصرفية التقليدية

نستعمل مصطلح العمليات المصرفية التقليدية، كمقابل لمصطلح العمليات المصرفية الالكترونية، وللدلالة على العمليات المصرفية الكلاسيكية التي كانت البنوك والمؤسسات المالية تقوم بها قبل ظهور العمليات المصرفية الإلكترونية. نتناول الحديث عن مفهوم العمليات المصرفية التقليدية من خلال تعريفها أولا، ثم التطرق لخصائصها ثانيا، ثم التفرقة بينها وبين الخدمات المصرفية ثالثا، ثم نذكر العمليات المصرفية الاساسية، رابعا.

أولا– تعريف العمليات المصرفية

إن وضع تعريف جامع مانع للعمليات المصرفية يعد من الصعوبة بمكان، نظرا لتشعبها من حيث الموضوع والطبيعة، وكذا سرعة تطورها واختلافها تبعا لتخصص البنك ومتطلبات السوق، و قد يكون من الصعب أيضا وضع تعداد حصري لها، و لعل هذا السبب الرئيسي في كون معظم التشريعات التي تناولت القانون المصرفي لم تعط تعريفا محددا لها[1].

نصت المادة 66 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض[2] على: "تتضمن العمليات المصرفية تلقي الأموال من الجمهور وعمليات القرض وكذا وضع وسائل الدفع تحت تصرف الزبائن وإدارة هذه الوسائل". فهذه المادة رغم كونها جاءت في الباب الأول من الكتاب السادس من القانون تحت عنوان "تعاريف" إلا أنها في حقيقة الأمر لم تعرف العمليات المصرفية وإنما عددتها. كما لم يعرف القانون التجاري الجزائري3 العمليات المصرفية، واكتفت المادة 02 منه باعتبار العمليات المصرفية أعمالا تجارية بحسب الموضوع[4].

ولقد اقتفى المشرع الجزائري أثر المشرع الفرنسي الذي أشار بدوره للعمليات المصرفية دون إعطاء تعريف لها لا في القانون التجاري ولا في القانون النقدي والمالي5. ومن جهته المشرع المصري عدد عمليات البنوك بموجب قانون التجارة لسنة 1999، ولم يقوم بتعريفها أو تحديد ماهيتها، تاركا المجال للعرف حكم ما يكشف عنه العمل من عمليات جديدة لم يرد ذكرها في القانون[6].

ليس هناك تحديد ولا حصر دقيق للعمليات المصرفية التي تقوم بها البنوك، في مختلف القوانين والتشريعات، كما ليس هناك معيار فني أو تقني دقيق يمكن من خلاله تعداد هذه العمليات، ويرجع سبب

---

[1]- حسام عبد الرحمن فرج أحمد الخولي، الحماية المدنية و الجنائية لعمليات البنوك الالكترونية، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، 2016، ص43.

[2]- أمر رقم 03-11 مؤرخ في 26 أوت 2003، متعلق بالنقد والقرض، المعدل و المتمم، ج ر رقم 52 بتاريخ 27 أوت 2003.

[3]- الأمر رقم 75-59 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، متضمن القانون التجاري، المعدل و المتمم،

[4]- المادة 02 ، فقرة 13: "يعد عملا تجاريا بحسب موضوعه:

- كل عملية مصرفية أو عملية صرف أو سمسرة أو خاصة بالعمولة".

[5]- Art L.311-1 du code monétaire et financier, ratifiée par l'article 31 de la loi N° 2003-591 du 02 juillet 2003, dispose que : « Les opérations de banque comportent : la réception de fonds du public, les opérations de crédit, ainsi que la mise à disposition de la clientèle ou la gestion des moyens de paiement ».

[6]- مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص 249.

ذلك أن هذه العمليات تتطور وتختلف باختلاف الزمان والمكان، شأنها شأن البنوك ذاتها، بل شأنها شأن كل الأعمال التجارية التي لا يمكن لأي قانون تحديدها. وعليه فالمرجع الأساسي لمعرفة تعداد العمليات المصرفية في وقت معين هو العرف[1].

غير أن قانون البنوك الأردني رقم 28 لسنة 2000، استعمل مصطلح "الأعمال المصرفية" بدل مصطلح "العمليات المصرفية" في المادة 02 منه، وعرفها على أنها "الأعمال المصرفية هي: قبول الودائع من الجمهور واستخدامها بصورة كلية أو جزئية لمنح الائتمان وأي أعمال أخرى يقرر البنك المركزي اعتبارها أعمالا مصرفية بموجب أوامر يصدرها لهذه الغاية"[2].

يلاحظ أن القانون الأردني استعمل مصطلح "أعمال" بدل مصطلح "عمليات" للدلالة على النشاط المصرفي، واعتبر عمليات مصرفية كل الأعمال المتعلقة بالإيداع والأعمال المتعلقة بالقرض، ولم يذكر العمليات المتعلقة بإدارة وسائل الدفع مثل ما جاء به المشرع الجزائري والمشرع الفرنسي. لكن مع هذا يبقى تعريف المشرع الاردني مفتوحا لإمكانية استيعاب أية أنواع أخرى من العمليات، قد تظهر مع الزمن، وذلك من خلال استعمال عبارة "أو أية أعمالا أخرى يقرر البنك المركزي اعتبارها أعمالا مصرفية". وهذا ما يؤكد عدم امكانية حصر وتحديد العمليات المصرفية.

أما من جهة الفقه فقد اختلفت تعريفات الفقهاء للعمليات المصرفية، ولعل ذلك يرجع إلى اختلاف المعايير التي ينظر من خلالها لهذه العمليات، ويرى بعض الفقهاء أن العمليات المصرفية والقائمين بها على سبيل الاحتراف، تمثل جوهر القانون المصرفي، بمعياره الموضوعي.

ومن التعاريف الفقهية التي جاءت في العمليات المصرفية: "عمليات البنوك تعني العمليات المتنوعة التعاقدية وغير التعاقدية التي تمارسها البنوك لتلبية حاجات عملائها وتحقيق الربح من جراء ذلك"[3].

كما عرفت العمليات المصرفية أيضا على أنها: "الأنشطة الرئيسية التي يقوم بها البنك بقصد تحقيق ربح ويتعرض عند ممارسته لها لمخاطر التجارة وقد يفقد جزءا من أمواله"[4].

ثانيا– خصائص العمليات المصرفية

من خلال مجمل التعاريف السابقة، يمكن القول أن العمليات المصرفية تتميز بمجموعة من الخصائص والميزات، تفرضها طبيعة العمل المصرفي، يمكن أن نوجزها في ما يلي[5]:

---

[1]- علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص6.
تقوم البنوك و المصارف في العالم بحوالي 360 خدمة لزبائنها، في حين أن البنوك الجزائرية لم تصل حتى إلى مستوى الخدمات البنكية في الدول النامية، بحيث يقدر عدد الخدمات البنكية المقدمة من طرف البنوك الجزائرية في حدود 40 خدمة مصرفية فقط.

[2]- قانون البنوك رقم (28) صدر في عدد الجريدة الرسمية رقم 4448، بتاريخ 01 أوت 2000.

[3]- نقلا عن محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية و المصرفية، المجلد الرابع، عمليات البنوك دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 27.

[4]- عبد الفتاح سليمان، المبادئ القضائية في العمل المصرفي، دون دار النشر، دون مكان النشر، 2017، ص7.

[5]- علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 22.

- العمليات المصرفية لها صبغة فنية دقيقة، لأنها تنظم موضوعا فنيا، وتستعمل مصطلحات تقنية، قد لا تعبر عن مدلولها اللغوي في بعض الحالات. ومن ثم فإن القانون المصرفي ذي طابع تقني. هذا عند الحديث عن العمليات المصرفية الكلاسيكية، وإذا انتقلنا إلى العمليات المصرفية الالكترونية، فإن الجانب الفني والتقني يزداد تعقيدا، خاصة إذا لحقت بالمصطلحات التقنية للعمل المصرفي، المصطلحات التقنية المتعلقة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال والانترنت ومختلف مصطلحات الحاسب الآلي وشبكات الاتصال.
- تعتمد العمليات المصرفية على التوحيد والتكرار بين مختلف البنوك، بل إن تقنياتها يمكن أن تكون متشابهة تماما بين كثير من الدول، وهذا راجع لأن كثير من العمليات المصرفية المرتبطة أساسا بالتجارة الخارجية، تمتد آثارها إلى كثير من الدول في العملية الواحدة، و ذلك على غرار العمليات المتعلقة بالاعتمادات المستندية.
- تقوم معظم العمليات المصرفية على الطابع الشخصي، فعامل الثقة مهم جدا بين البنك والعميل، فهو مهم للبنك في مواجهة العميل ومهم للعميل في مواجهة البنك، وإن كان في هذه الحالة الأخيرة أشد، لأن عدم تقدير هذا العامل بالنسبة للبنك يمكن أن يؤدي إلى مخاطر كبيرة، تنجر عنها خسارة مالية معتبرة للبنك. أما بالنسبة للعمليات المصرفية الالكترونية فهو بالنسبة للعميل اشد نظرا للانتشار الكبير للطرق الاحتيالية على العملاء في الميدان المصرفي والمالي على شبكة الأنترنت.
- معظم العمليات المصرفية تكون في شكل عقود نموذجية أو محررات معدة مسبقا من طرف البنك، مما حدا بكثير من الفقه إلى اعتبار كثير من عقود العمليات المصرفية من قبيل عقود الإذعان، وذلك لكون البنك يضع بإرادته المنفردة شروط العقد، وما على العميل إلا الموافقة أو رفض هذه البنود.

ثالثا– العمليات المصرفية والخدمات المصرفية

يفرق بعض الفقه بين مصطلحي العمليات المصرفية والخدمات المصرفية، ويعرف الخدمات المصرفية على أنها: "أعمال يقوم بها البنك لا بغرض تحقيق الربح، كما هو الشأن في العمليات المصرفية، وإنما لمساعدة عملائه في أعمالهم المالية، ولجذب عملاء جدد، ولا يتعرض البنك عادة عند تقديمه لتلك الخدمات لمخاطر التجارة"[1].

من خلال هذا التعريف وتعريف العمليات المصرفية، يبدو أن هناك تداخل وتشابك بين المفهومين، مفهوم العمليات المصرفية ومفهوم الخدمات المصرفية. ويمكن اعتبار معيار المخاطرة، معيارا يصلح للتفرقة بينهما، فالبنك عندما يقوم بالعمليات المصرفية فإنه يتعرض لمخاطرة التجارة، مما قد

[1]- عبد الفتاح سليمان، مرجع سابق، ص 7.

يتسبب في خسارة جسيمة لأمواله، أما الخدمات المصرفية فإن البنك لا يتعرض عند القيام بها لمخاطر التجارة، لأنه يقوم بتقاضى عمولة عن كل خدمة.

غير أن بعض الفقهاء[1] يرى أن هذا المعيار غير دقيق، لأن هناك من الخدمات البنكية ما يمكن أن يعرض البنك للخسارة، على غرار تأخر البنك في تحصيل ورقة تجارية، كما أن هناك من العمليات المصرفية التي تنعدم فيها الخطورة، على غرار عمليات القرض المضمونة بودائع تحت الطلب. و لهذا يقترحون معيارا إضافيا للتفرقة بين العمليات المصرفة والخدمات البنكية، وهو معيار قصد تحقيق الربح. فإن كان البنك يقصد من عمله تحقيق الربح، فإن هذا العمل يعتبر عملية مصرفية، وإن لم يقصد تحقيق الربح فإن عمله يعتبر خدمة مصرفية. ولا عبرة بالعمولة التي يتقاضاها، لأنها تعتبر نظير الجهد والوقت ومختلف مصاريف البنك وعماله، ولا ترقى أبدا إلى مستوى الربح الذي ينتظره من العمليات المصرفية.

و بهذا يمكن القول أن كثيرا من الأعمال التي تقوم بها البنوك العمومية التجارية الجزائرية عموما، تعتبر من قبيل الخدمات المصرفية، ولا ترقى إلى العمليات المصرفية، لأنها مجرد خدمات تقدمها لعملائها تفتقر إلى عنصر المخاطر، كما تفتقر إلى تحقيق الربح. فقط يجني البنك عمولة على القيام بها.

وكما ذكرنا سابقا، لا يوجد تعداد ولا حصر لعدد العمليات المصرفية، فإنه لا يوجد أيضا حصر لعدد الخدمات المصرفية التي تقدمها البنوك والمؤسسات المالية. كما لا يوجد معيار فني دقيق يحدد ماهية الخدمة المصرفية، فعدد العمليات والخدمات المصرفية يتطور ويزداد بتطور المجتمع والحاجة إلى خدمات إضافية من البنوك [2].

غير أن بعض الدراسات[3] تشير إلى أن عدد العمليات والخدمات المصرفية التي تقدمها البنوك لزبائنها على المستوى العالمي تصل إلى حوالي 360 عملية وخدمة، في الوقت الذي تقدر فيه عدد العمليات والخدمات المصرفية المقدمة من طرف البنوك الجزائرية بحوالي 40 بين عملية وخدمة مصرفية. هذا العدد وإن كان غير دقيق إلا أنه يبين الهوة السحيقة والفجوة العميقة بين واقع الحال في البنوك الجزائرية والبنوك العالمية.

رابعا– العمليات المصرفية الاساسية

بالعودة إلى نص المادة 66 من قانون النقد والقرض السابقة الذكر، نجدها قد ذكرت ثلاث فئات كبري للعمليات المصرفية هي: العمليات المتعلقة بالأموال المتلقاة من الجمهور، أي الودائع، وعمليات القرض، والعمليات المتعلقة بوضع وسائل الدفع تحت تصرف الزبائن وإدارة هذه الوسائل. نحاول تفصيلها في ما يلي على اعتبار أنها فئات العمليات المصرفية الاساسية، الذي ذكرها القانون الجزائري.

---

[1]- مرجع أعلاه، ص 7.
[2]- عكاشة محمد عبد العال، القانون التجاري الدولي العمليات المصرفية، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2012، ص 6.
[3]- منية خليفة، **"الصيرفة الالكترونية كمدخل لتأهيل وعصرنة البنوك الجزائية"**، الملتقى العلمي الدولي الرابع حول عصرنة نظام الدفع في البنوك الجزائرية واشكالية اعتماد التجارة الالكترونية في الجزائر، القطب الجامعي خميس مليانة، 2013، ص13.

أ- تلقي الأموال من الجمهور

تعتبر النقود أهم الودائع التي يتلقاها المصرف من عملائه لأنها تشكل القوة المالية التي يستطيع بواسطتها القيام بأغلبية عملياته الائتمانية، ويباشر مختلف أنواع النشاط المصرفي[1].

ولقد عرفت المادة 67 من قانون النقد والقرض، المقصود بالأموال المتلقاة من الجمهور بقولها: "تعتبر أموالا متلقاة من الجمهور، الأموال التي يتم تلقيها من الغير، لاسيما في شكل ودائع مع حق استعمالها لحساب من تلقاها، بشرط إعادتها".

وتعتبر العمليات المتعلقة بتلقي الأموال من الجمهور من العمليات التي تكون حكرا على البنوك دون المؤسسات المالية[2]. فالبنوك إذا هي مكان التقاء العرض والطلب على النقود والأموال، ولهذا تعد عملية الإيداع أو الودائع المصرفية مركز ثقل في عمليات البنوك.

وعرف الفقه الودائع المصرفية على أنها، النقود التي يعهد بها الأفراد أو الهيئات إلى البنك، والتي يستخدمها في نشاطه المهني، على أن يتعهد هذا الأخير بردها أو برد مبلغ مساو لها، إليهم أو إلى شخص آخر معين، عند الطلب أو بالشروط المتفق عليها[3]. وعليه فالودائع هي كل ما يقوم الأفراد أو الهيئات بإيداعه في البنوك بصفة مؤقتة قصيرة أو طويلة، على سبيل الحفظ أو التوظيف، وهي في غالب الأحيان تكون على شكل نقود قانونية. وللوديعة المصرفية مصادر متعددة فهي لا تقتصر على النقود التي يعطيها العميل للبنك تنفيذا لعقد الإيداع، بل تشمل أيضا كل ما يمكن أن يكون للعميل في ذمة البنك، فقد يفتح العميل حساب وديعة أو حساب شيكات ويقوم بتغذيته من مصادر متعددة، كما يمكن أن تكون الوديعة نتائج تحصيل شيكات أو تحويل مصرفي، أو من أي مصدر آخر. فكل هذه الأموال الموجود بالحساب تأخذ حكم الوديعة المصرفية[4].

ولقد اعتبر القضاء الفرنسي أنه بموجب هذا الإيداع البنكي فإن المودع يفقد ملكيته للقيمة من الأموال التي أودعها، لكنه بالقابل يصبح مالكا لحق دائنية على البنك[5].

وفي سياق الحديث عن العمليات المصرفية المتعلقة بالإيداع، نذكر في ما يلي أهم أنواع الوديعة المصرفية، كما نشير لعقد الإيداع المصرفي.

1- أنواع الودائع المصرفية

قد قسم الفقه الودائع المصرفية بحسب معيار موعد استردادها أو بحسب معيار حرية البنك في استعمالها إلى أنواع، نذكر أهمها:

---

[1]- محمد لفروجي، العقود البنكية بين مدونة التجارة والقانون البنكي، الطبعة الثانية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2001، ص 179

[2]- المادة 71 من قانون النقد والقرض.

[3]- علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 35.

[4]- المرجع نفسه، ص36.

[5]- نقلا عن سميرة محمودي، الاختصاص التنظيمي لمجلس النقد والقرض، أطروحة دكتوراه، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، سنة 2017، ص 154.

- **الودائع تحت الطلب أو الودائع الجارية**

وهي التي تشكل القسط الأكبر من موارد البنوك التجارية، وفيها يتملك البنك المبالغ المودعة لديه، بحيث يكون للمودع أن يطلب استردادها في أي وقت. ولا يغير من طبيعة الوديعة في هذه الصورة أن يتفق البنك والعميل على إعطاء الأخير للأول مهلة يستعد فيها لتلبية الطلب إذا جاوز مبلغا محددا. وتسمى أيضا الودائع في هذه الحالة الودائع الجارية. ويقصد المودعون استعمالها كأداة لتسوية التزاماتهم عن طريق استعمال وسائل الدفع كالشيكات أو البطاقات البنكية أو التحويل المصرفي.

- **الودائع لأجل**

وهي الودائع التي لا يلتزم البنك بردها إلا عند حلول أجل محدد، وهي أقل من الصورة السابقة لكنها أفيد للبنك ولذا فهو يدفع عنها فائدة ربوية نظير تمتعه بحرية استعمالها، إذ أنه مطمئن أنه لن يطلبها المودع إلا بحول أجل محدد.

- **الودائع الادخارية**

وتعد بمثابة توفير وادخار حقيقية نظرا لكون مدة إيداعها طويلة نسبيا مقارنة بالودائع لأجل، ويحصل أصحاب هذه الودائع على فوائد معتبرة تعطي الطبيعة الادخارية لهذه الودائع. ثم أن المودع لا يمكنه سحب الوديعة إلا بحول أجلها مهما كانت الظروف.

- **الوديعة الائتمانية**

وهي النوع الوحيد من أنواع الودائع الذي لا يكون نتيجة إيداع حقيقي للأموال، بل هي ناشئة عن مجرد فتح حساب ائتمان والقيام بعمليات إقراض، فهي عبارة عن ودائع قيدية كتابية، ناتجة عن مجرد قيد أو تسجيل محاسبي في السجلات البنكية لحركة رؤوس الأموال داخل البنك. ويمكن القول أن الودائع الائتمانية تزيد كلما قلت الأموال المسحوبة فعلا من البنك، وتنقص بزيادتها[1].

2- عقد الإيداع المصرفي

تتم عملية الإيداع كعملية مصرفية بين العميل والبنك بموجب عقد مصرفي كامل الأركان والشروط، ومن ثم يجب أن يتأكد البنك من توفر الأهلية لدى المودع، كما يجب أن يتوفر العقد على أركان الرضي والمحل والسبب، وكلها أركان لا تثير أي إشكال في العمليات المصرفية العادية بخلاف ما هو عليه الحال في العمليات المصرفية الالكترونية.

ويعد عقد الوديعة عملا تجاريا بحسب الموضوع بالنسبة للبنك[2]. لكنه بالنسبة للعميل أو الزبون فيختلف باختلاف هذا العميل. فيكون مدنيا إذ كان العميل مدنيا، أو مستهلكا. لكنه يصبح تجاريا تطبيقا لنظرية الأعمال التجارية بالتبعية إذا ابرم عقد الوديعة من طرف عميل تاجر ولأغراض تجارته[3].

[1]- سميرة محمودي مرجع سابق، ص 156.
[2]- المادة 03 من القانون التجاري.
[3]- المادة 04 من القانون التجاري.

تؤثر تجارية عقد الإيداع في طريقة إثباته، فيجوز للعميل في مواجهة البنك إثباته بكل طرق الإثبات. وإن كان عادة ما يتم الإيداع بموجب عقد نموذجي معد من طرف البنك وموقع من الطرفين. وقد جرى العمل على أن يسلم البنك للعميل وصلا بمناسبة كل عملية إيداع، ويطلب منه ملء وصل عند كل عمل سحب، وبعض البنوك تفرض أن يوقع الوصل من طرف موظفين بالبنك لهم سلطة التوقيع. وتعتبر هذه السندات أدلة إثبات لمختلف عمليات الإيداع[1].

والغالب أن يعطى العميل دفترا تقيد فيه كل عمليات الإيداع والسحب، على غرار دفتر التوفير والاحتياط. وقد جرى العمل على تسليم الوصل للعملاء الذين بأيديهم دفاتر حسابات، وبذلك فإن أحدهما يغني عن الآخر. ولهذا قال البعض أن الدفتر ليس له أي دور في الإثبات، إنما يسلم للعميل لمجرد معرفة مركزه المالي والاطلاع على حسابه، وبهذا لا يعتبر حجة على البنك.

غير أنه جاء في حكم قديم للقضاء الفرنسي، صادر عن محكمة استئناف ليون بتاريخ 29 أكتوبر 1915: "أن تسليم البنك لعميله دفترا يعني حتما أن الطرفين يقبلان الرجوع إلى هذا المحرر كأداة للإثبات، وما لم يتخذ الدفتر وسيلة في الإثبات فإن مسكه وقيد البيانات فيه يغدو عبثا. وأن قوة الدليل في الاثبات ترجع إلى اتفاق الطرفين على ذلك ولو ضمنيا عند تسلم العميل للدفتر، والقول بغير ذلك يحمل العميل الذي بيده الدفتر أخطاء موظفي البنك"[2].

ب- العمليات المتعلقة بالقرض

تعتبر عمليات القرض من أهم العمليات المصرفية، ولعلها الغاية الأساسية التي وجدت من أجلها المصارف، فالودائع المصرفية لا معنى لها إذا لم توظف في شكل قروض. كما تعتبر عمليات القرض من أهم صور الاعتماد المصرفي والأكثر انتشارا. ومن الصور الأخرى للاعتماد المصرفي ، الضمان، الكفالة المصرفية، خطابات الضمان، الاعتماد المستندي، والاعتماد بالقبول، والخصم[3].

ولقد عرفت المادة 68 من قانون النقد والقرض، عملية القرض بقولها: "تشكل عملية القرض، في مفهوم هذا الأمر، كل عمل لقاء عوض، يضع بموجبه شخص ما أو يعد بوضع أموال تحت تصرف شخص آخر، أو يأخذ بموجبه لصالح الشخص الآخر التزاما بالتوقيع كالضمان الاحتياطي أو الكفالة أو الضمان".

ويعرف الفقه عقد القرض على أنه أقدم وأبسط صور الاعتماد المصرفي، وفيه يسلم البنك النقود مباشرة للعميل، أو يقيدها في الجانب الدائن لحسابه. ويجب أن يتضمن بيان الفوائد والعمولة و ميعاد الرد[4].

---

[1]- علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 52.
[2]- نقلا عن جمال الدين عوص، مرجع سابق، ص 35.
[3]- المرجع نفسه، ص 539.
[4]- مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص 313.

ويعرف عقد القرض أيضا على أنه "الاتفاق الذي يقوم بموجبه البنك بدفع مبلغا نقديا للعميل أو لشخص العميل يعينه العميل، مع حرية التصرف فيه بلا قيد ولا شرط"[1]. وللعميل حرية استعمال النقود المقترضة في أي غرض يراه دون أن تكون للبنك اعتراض، ولو كان مفهوما لدى الطرفين أن القرض يستهدف غرضا محددا مادام لم ينص عليه في العقد. أما إذا تم النص على غرض أو هدف القرض في العقد، فإنه للبنك أن يراقب المقترض في كيفية استخدام القرض والتأكد من عدم خروجه عن هذا الغرض، لأن كل خروج عن الهدف يهدد المقترض بعم القدرة على سداده، وعندئذ يكون للبنك أن يطلب رده أو فسخ العقد لمخالفة المقترض بنود العقد التي تحدد الغاية منه.

ويعرف الفقه عقد فتح الاعتماد المصرفي على أنه "العقد الذي بمقتضاه يتعهد البنك أن يقدم لعميله أداة أو أكثر من أدوات الاعتماد نظير تعهد العميل دفع مقابل لذلك، بتخليص البنك من نتائج الخدمة التي يقدمها للعميل"[2]. ويقوم الاعتماد على عنصري الزمن والثقة، مع عدم وجود المضاربة. والغاية من الاعتماد هي تمكين العميل من الحصول على الائتمان الذي ينشده بأن يمكنه البنك من الوفاء بالتزاماته لدى الغير أو الحصول على أجل أو ثقة من دائنيه بواسطة تدخل البنك.

ومن ذلك تتمثل عمليات الائتمان المصرفي في أن يقدم البنك للعميل أو لشخص آخر يحدده العميل، فورا أو في أجل معين، أدوات للوفاء، سواء كانت نقودا أو أدوات وفاء أخرى يستخدمها العميل في وفاء ديونه. وقد لا يقدم البنك هذه النقود أو الأدوات، بل يكتفي أن يتعقد بتقديمها. فالبنك في بعض الحالات لا يدفع وإنما يقدم تعهده، أي مجرد توقيعه كأداة يستخدمها العميل في الخصول على الائتمان، وقد يضطر البنك إلى الدفع إذا تخلف العميل عن تنفيذ التزاماته التي تحملها هو قبل الغير[3].

ويعرف الفقه عقد فتح الاعتماد البسيط على أنه العقد الذي يلتزم بمقتضاه البنك بأن يضع تحت تصرف العميل مبلغا معينا من النقود بحيث يكون له الحق في تناوله دفعة واحدة أو على عدة دفعات، خلال مدة معينة. ويستفيد العميل من الاعتماد المفتوح كما يشاء إما بقبض المبلغ نقدا أو بسحب شيكات عليه أو بإصدار التحويل المصرفي، أو باستعمال بطاقة الائتمان[4]. ويمتاز عقد فتح الاعتماد عن عقد القرض بأنه يتيح للعميل أن يسحب المبالغ الموضوعة تحت تصرفه تدريجيا وبالقدر الذي تقتضيه حاجات تجارته، فلا يلزم بدفع الفوائد عن المبالغ التي لم يتم سحبها.

وبهذا يتضح أن المقصود من عمليات القرض بمفهوم المادة 68 السابقة الذكر ليس هو القرض بالمعنى الدقيق الذي ذكرنا، إنما المقصود هو الاعتماد المصرفي، الذي يعتبر القرض أحدى صوره. ولهذا جاء في التعريف الوارد بموجب المادة 68 بعض صور الاعتماد المصرفي ومنها الضمان الاحتياطي والكفالة.

---

[1]- المرجع نفسه، ص 541.
[2]- علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 493
[3]- علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 493
[4]-مصطفى كمال لطه، مرجع سابق، ص 316.

ومن ثم فالقرض بمفهوم المادة 68 لا يمثل فقط الاستدانة من البنك، أي المعنى الدقيق للقرض، ولكن تشمل كل صور العمليات التي تقوم بها البنوك بمختلف التقنيات. ولهذا جاءت الفقرة الثانية من المادة 68 السابقة الذكر، على ذكر أنواع معينة من عمليات القرض، منها عمليات الإيجار المالي المقرونة بحق خيار الشراء، أو القرض الإيجاري[1] « Crédit–bail ou leasing ».

ونظرا لأهمية العمليات المتعلقة بالقرض الإيجاري فقد تم تنظيمها بموجب قانون خاص هو الأمر 96–09[2] المتعلق بالاعتماد الإيجاري. حيث عرفت المادة الأولى منه الاعتماد الإيجاري على أنه: "عملية تجارية ومالية تقوم بها البنوك والمؤسسات المالية أو شركات التأجير المؤهلة قانونا والمختصة و المعتمدة في مثل هذا النوع من التمويل مع متعاملين اقتصاديين وطنيين أو أجانب، سواء كانوا أشخاصا طبيعيين أو معنويين، يلتزمون بموجبها بعقد تأجير قد يتضمن التنازل لصالح المستأجر في نهايته الفترة، على سلع منقولة أو غير منقولة مستخدمة في القطاع الصناعي أو التجاري أو الحرفي".

ج– العمليات المتعلقة بوضع وإدارة وسائل الدفع

إن أنظمة ووسائل الدفع لا يفرضها القانون، بل تنتج عن مميزات وتطورات ثقافية وتاريخية واجتماعية واقتصادية لأي بلد ما، وكذلك للتطورات التكنولوجية. وقبل أن تتدخل التكنولوجيا فإن هذه المميزات تحدد أشكال وطرق استعمال وسائل الدفع في بلد ما[3].

عرفت المادة 69 من قانون النقد والقرض وسائل الدفع بقولها: "تعتبر وسائل دفع كل الأدوات التي تمكن كل شخص من تحويل أموال مهما كان السند أو الأسلوب التقني المستعمل". فهذا التعريف يشمل كل وسائل الدفع بصفة عامة، التقليدية منها الحديثة أو الالكترونية. فالمشرع لم يحصر التعريف في شكل معين أو أسلوب تقني محدد، وذلك حتى تبقى هذه الوسائل مواكبة لكل تطور تكنولوجي حاصل.

والدفع هو تقديم مبلغ من المال مقابل اقتناء سلعة أو خدمة. أما من الناحية القانونية فهو وسيلة لانقضاء التزام المدين لدى الدائن. وعليه فإن الدفع يفترض وجود دين في ذمة المدين، غير أنه لا يلزم أن يكون المدين هو الدافع، إنما يمكن أن يقوم بالدفع، شخص آخر غير المدين الأصلي.

ويقصد بوسائل الدفع التقليدية، الوسائل التي يتم استخدامها في تسوية المدفوعات والمعاملات التجارية و المالية، وتسوية المعاملات بين البنوك بالإجراءات والطرق اليدوية دون الحاجة لاستخدام أدوات ووسائل تقنية أو الكترونية حديثة[4]. ومن ثم تضم وسائل الدفع التقليدية على وجه الخصوص النقود المعدنية أو الورقية والأوراق التجارية.

---

[1]- تنص الفقرة 02 من المادة 68 من قانون النقد و القرض على: "تعتبر بمثابة عمليات قرض، عمليات الإيجار المقرونة بخيار الشراء، لا سيما عمليات القرض الإيجاري، وتمارس صلاحيات المجلس إزاء العمليات المنصوص عليها في هذه المادة".
[2]- أمر رقم 96-09 مؤرخ في 10 جانفي 1996 ، متعلق بالاعتماد الإيجاري، ج ر رقم 25 بتاريخ 14 جانفي 1996.
[3]- حوالف عبد الصمد، النظام القانوني لوسائل الدفع الالكتروني في الجزائر دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2016، ص 30.
[4]-أحمد عبد العليم العجمي، نظم الدفع الالكترونية وانعكاساتها على سلطات البنك المركزي، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2013، ص21.

غير أنه في هذا الإطار يجب التفرقة بين بعض المصطلحات كونها جدة متقاربة، منها وسائل الدفع ، أنظمة الدفع، وخدمات الدفع، ومقدمو خدمات الدفع. فهذه المصطلحات جد متقاربة، خاصة عندما يتعلق الأمر بالعمليات المصرفية الالكترونية وخاصة بالدفع الالكتروني، وعلى هذا الأساس سنوضخ دلالة مختلف هذه المصطلحات عند الحديث عن وسائل الدفع الالكترونية.

من جهة أخرى ذكرت المادة 72 من قانون النقد و القرض، على سبيل الذكر، بعضا من العمليات التي يمكن للبنوك والمؤسسات المالية القيام بها، وهي:

- عمليات الصرف،
- عمليات على الذهب والمعادن الثمينة والقطع المعدنية الثمينة،
- توظيف القيم المنقولة و كل منتوج مالي، واكتتابها وشرائها وتسييرها وحفظها وبيعها،
- الاستشارة والمساعدة في مجال تسيير الممتلكات، الاستشارة والتسيير المالي والهندسة المالية.

نشير هنا إلى أن نفس هذه العمليات المصرفية، التي جاء بها المشرع الجزائري، ذكرها المشرع الفرنسي في المادتين الأولى و الخامسة في القانون النقدي و المالي الصادر في 24 جانفي 1984[1].

غير أن عدم تعريف العمليات المصرفية تعريفا دقيقا، من طرف المشرع الجزائري وغيره من المشرعين، على غرار المشرع الفرنسي، يعد عائقا لمعرفة هذه العمليات معرفة دقيقة[2]، وإن كنا أمام عملية مصرفية أم مجرد خدمة مصرفية، غير أن اعتبار العمليات المصرفية، أعمالا تجارية بحسب الموضوع، من قبل المشرع الجزائري، على الأقل يبين لنا بطريقة مبدئية القانون الواجب التطبيق في مواجهة البنك المحترف، على أن نتطرق لتعريف الخدمات المصرفية في ما بعد.

الفرع الثاني

العمليات المصرفية الالكترونية الوافد الجديد على النشاط المصرفي

يقصد بالعمليات المصرفية الالكترونية، بصفة أولية، تقديم البنوك للخدمات المصرفية التقليدية أو المبتكرة من خلال شبكات اتصال الكترونيةٍ، تقتصر صلاحية الدخول إليها على المشاركين فيها وفقا لشروط العضوية التي تحددها البنوك[3] ، وذلك من خلال احد المنافذ على الشبكة كوسيلة للاتصال بالعملاء.

نتناول في هذا الفرع تعريف وخصائص العمليات المصرفية الالكترونية، أولا، ثم نتناول أنواع العمليات المصرفية الالكترونية، ثانيا.

أولا– تعريف وخصائص العمليات المصرفية الالكترونية

نتطرق لمفهوم العمليات المصرفية الالكترونية من خلا التطرق لتعريفها، وخصائصها.

---

[1]- محفوظ لعشب، الوجيز في القانون المصرفي الجزائري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص19.
[2]- المرجع نفسه، ص 17.
[3]- أحمد بوراس والسعيد بريكة، أعمال الصيرفة الالكترونية، الأدوات و المخاطر، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2016، ص90.

أ- تعريف العمليات المصرفية الالكترونية

لم يتطرق المشرع الجزائري للعمليات المصرفية الالكترونية، لا في قانون النقد والقرض، ولا في مختلف القوانين ذات العلاقة. كما لم تتطرق مختلف أنظمة بنك الجزائر لهذه العمليات المبتكرة، ومن ثم لم تقم بتعريفها. فقط أشارت لذلك المادة 69 من قانون النقد والقرض، عند تعريفها لوسائل الدفع من خلال عبارة: "مهما يكون السند أو الأسلوب التقني المستعمل". فمنه يمكن إدخال وسائل الدفع الكترونية، التي تعتبر ادارتها من قبيل العمليات المصرفية، في هذا المفهوم.

ولقد تم تعريف العمليات المصرفية الالكترونية من طرف البنوك المركزية لكثير من الدول العربية. من هذه التعاريف نذكر تعريف مصرف لبنان المركزي، الذي عرف العمليات المالية والمصرفية التي تتم بالوسائل الالكترونية على أنها: "العمليات أو النشاطات كافة التي يتم عقدها أو تنفيذها أو الترويج لها بواسطة الوسائل الالكترونية أو الضوئية (الهاتف، الحاسب المحمول، انترنت، صراف آلي....) من قبل المصارف أو المؤسسات المالية أو مؤسسات الوساطة المالية أو هيئات الاستثمار الجماعي أو أي هيئة أو مؤسسة أخرى"[1].

و أضاف التعريف " و يشمل هذا التعريف أيضا العمليات التي يجريها مصدرو أو مروجو بطاقات الإيفاء أو الدفع أو الائتمان الالكترونية على أنواعها كافة".

وأضاف تعريف البنك المركزي اللبناني، بأن العمليات المالية والمصرفية الالكترونية تشمل أيضا "المؤسسات التي تتعاطى التحاويل الفنية الكترونيا، ومواقع العرض والبيع والشراء وتأدية سائر الخدمات الالكترونية للأدوات المالية على مختلف أنواعها ومراكز التسوية والمقاصة العائدة لها"[2].

وهكذا نجد أن هذا التعريف حاول أن يجمع كل الوسائل والأدوات التي يمكن من خلالها القيام بالعمليات المصرفية، كما عدد كل المؤسسات المالية التي يمكنها القيام بذلك، فيمكن القول أنه تعريف جامع بالمعيار العضوي.

من جهة أخرى، عرفت مؤسسة النقد العربي السعودي، العمليات المصرفية الالكترونية، من خلال الدليل الذي أصدرته تحت عنوان: "قواعد الخدمات المصرفية الالكترونية"[3] سنة 2010، بأنها: "الخدمات المصرفية التي تقدمها عن بعد مصارف مصرحة، أو ممثلوها عبر أجهزة تعمل تحت رقابة وإدارة مباشرة من المصرف أو بموجب اتفاقية إسناد هذه المهمة لجهة أخرى".

وأضافت القواعد الصادرة عن مؤسسة النقد العربي السعودي، أن العمليات المصرفية الالكترونية هي: "مصطلح عام لعملية يمكن بواسطتها للعميل القيام بعمليات مصرفية الكترونية بدون زيارة الفرع. ويشمل هذا المصطلح الأنظمة التي تمكن عملاء المصارف، سواء أفراد أو شركات، من الوصول إلى

---

[1]- المادة الأولى من القرار رقم 7548 بتاريخ 2000/03/29، الصادر عن المجلس المركزي لبنك لبنان، نقلا عن حسام عبد الرحمن فرج أحمد الخولي، مرجع سابق، ص23.

[2]- المرجع نفسه.

[3]- يمكن تحميل القواعد من موقع مؤسسة النقد العربي السعودي على الانترنت: www.sama.gov.sa

حساباتهم أو تنفيذ عملياتهم أو الحصول على معلومات تتعلق بمنتجات وخدمات مالية عبر شبكة عامة أو خاصة، بما في ذلك شبكة الانترنت".

من جهته عرف البنك المركزي المصري، العمليات الصرفية الالكترونية بأنها: "تقديم البنوك الخدمات المصرفية التقليدية أو المبتكرة من خلال شبكات اتصال الكترونية، تقتصر صلاحية الدخول إليها على المشاركين فيها، وفقا لشروط العضوية التي تحددها البنوك، وذلك من خلال أحد منافذ الشبكة كوسيلة لاتصال العملاء بها بهدف:

– إتاحة معلومات عن الخدمات التي يؤديها البنك دون تقديم خدمات مصرفية على الشبكة،

– حصول العملاء على خدمات محدودة كالتعرف على معاملاتهم وأرصدة حساباهم وتحديث بياناتهم وطلب الحصول على قرض

– طلب العملاء تنفيذ عمليات مصرفية مثل تحويل الأموال"[1].

وبهذا التعريف فإن البنك المركزي المصري يكون قد عرف العمليات المصرفية الالكترونية بأنها الخدمات التي تقدم من خلال شبكات الاتصال الحديثة كالأنترنت، ثم رتب هذه العمليات حسب درجة وأهمية العمليات المصرفية التي تقوم بها، من مجرد خدمات استعلامية إلى عمليات مصرفية حقيقية مثل تحويل الأموال بطريقة الكترونية.

ب– العمليات المصرفية الالكترونية والمصطلحات المشابهة لها

نتج عن التطور الكبير الذي عرفه النشاط المصرفي من خلال تبنيه للتطور التكنولوجي في قطاع الاعلام الآلي والاتصالات، ظهور مصطلحات كثيرة ذات علاقة بالخدمات والعمليات المصرفية، نوضحها في ما يلي:

– العمليات المصرفية عن بعد

استعمل التوجيه الأوروبي رقم 65/2002، المتعلق بتسويق الخدمات المالية عن بعد للمستهلكين، مصطلح "عن بعد" للدلالة على استعمال واحدة أو أكثر من تقنيات الاتصال عن بعد، والتي لا تتطلب الالتقاء بين مقدم الخدمة المالية أو المصرفية والزبون[2]. وعرف تقنية الاتصال عن بعد على أنها: "كل وسيلة تمكن من تسويق، عن بعد، لخدمة مالية من غير الحضور الجسماني والمتزامن لمقدم الخدمة والمستهلك".

[1]- الضوابط الرقابية للعمليات المصرفية الالكترونية و إصدار وسائل دفع لنقود الكترونية، صدرت عن البنوك المركزي المصري بتاريخ 28 فيفري 2002، على موقع البنك: https://www.cbe.org.eg/

[2] - Article 2-a), e), du Directive 2002/65/CE, du parlement européenne et du conseil, du 23 septembre 2002, concernant la commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateur, sur site : https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR

- العمليات المصرفية على الخط

يستعمل هذا المصطلح من طرف معظم البنوك الالكترونية التي ليست لها وكالات على الأرض، التي تقدم العمليات المصرفية لزبائنها من غير ضرورة الحضور الفعلي لمقر الوكالة، و في كثير من الاحيان لا تكون لهذه البنوك فروع على الأرض. وله نفس معنى العمليات المصرفية بعد.

- العمليات المصرفية على الأنترنت

يستعمل هذا المصطلح للدلالة على قيام البنوك والمؤسسات المالية بتقديم الخدمات المالية والمصرفية عن طريقة موقع الويب الخاص بها على الأنترنت، وإذا لم يكن لهذا البنك فروع على الأرض يسمى "بنك 100% أنترنت". وكثيرا ما يستعمل بنفس معنى العمليات المصرفية على الخط أو العمليات المصرفية الالكترونية[1].

وهكذا نلاحظ أن كل من المصطلحات المتعلقة بالعمليات المصرفية عن بعد أو العمليات المصرفية على الخط أو العمليات المصرفية على الانترنت تحمل نفس الدلالة ونفس المعنى.

ومنه يمكن تعريف العمليات المصرفية الالكترونية على أنها، مختلف الخدمات المصرفية، التقليدية أو المبتكرة، التي تقدمها البنوك والمؤسسات المالية، لزبائنها عن بعد، ومن خلال مختلف أجهزة ووسائل الاتصالات الالكترونية الحديثة. ولا يوجد حصر ولا تحديد للعمليات المصرفية الالكترونية، كما لم يوجد من قبل حصر للعمليات المصرفية التقليدية. وذلك لأنها مرتبطة بتغير الزمان والمكان، وحاجة الزبون للخدمة المضمونة السريعة والآمنة، وكذا حاجة البنك لتحقيق الربح.

توجد حاليا عمليات مصرفية الكترونية كثيرة، متنوعة ومتجددة تقوم بها البنوك أو البنوك الالكترونية عن بعد، سواء منها التي لها تواجد فعلي على الارض أو تلك التي لها مواقع فقط على الأنترنت. ومن هنا يمكن القول أن الخدمات المصرفية الالكترونية، المقدمة أساسا على الانترنت، يمكن تقسيمها إلى قسمين كبيرين: خدمات مصرفية معلوماتية، أو إعلامية، وهي التي يمكن أن تقابل الخدمات المصرفية بالمعنى التقليدي، وخدمات مصرفية متعلقة بعمليات مصرفية، حقيقية مثل فتح حسابات مصرفية بطريقة الكترونية وتحويل الأموال بطريقة الكترونية، بل وأصبحت كثير من البنوك تقدم عمليات تتعلق بالقروض المصرفية بطريقة الكترونية[2].

في هذا الإطار نشير إلى أنه تعتبر نوعية الخدمات المصرفية الالكترونية المقدمة مؤشرا هاما على نوعية العلاقات بين البنك والمؤسسات بصفة خاصة، أو الزبائن بصفة عامة. حيث أن علاقة البنك بالزبائن تحدد بالمجهودات التي يبذلها البنك الالكتروني، أو البنك المقدم للخدمات المصرفية الالكترونية،

[1]- Le guide des banques en ligne, *Comparabanque*, sur le site : http://www.comparabanques.fr/lexique

[2]- Mouna Fourati et Jamil Chaabouni, « Usage de l'internet banking par les entreprises et effets sur la qualité de service », CAIRN INFO, 2018/5 N° 103 , p 18.

من أجل تلبية الرغبات النوعية لهذه المؤسسات، من جهة ومن جهة أخرى بالتقييم المستمر من طرف الزبائن أو المستهلكين لنوعية الخدمات المقدمة، ونوعية العلاقة بصفة عامة.

ج- خصائص العمليات المصرفية الالكترونية

من خلال مجمل التعاريف السابقة للعمليات المصرفية الالكترونية، يمكن اجمال أهم خصائص ومميزات هذه العمليات المصرفية، والتي تجعلها متميزة ومنفردة عن العمليات المصرفية التقليدية، والتي تدعونا إلى ضرورة البحث عن النظام القانوني الخاص والمميز لها عن النظام القانوني للعمليات المصرفية التقليدية. من هذه الخصائص نذكر ما يلي:

- العمليات المصرفية الالكترونية عابرة للحدود، حيث يمكن لأي مواطن بدولة ما الاستفادة من خدمات بنك بدولة أخرى. فالعمليات المصرفية الالكترونية مثل التجارة الالكترونية لا تؤمن بالحدود. وهذا من شأنه إثارة إشكالية تنازع الاختصاص والقانون المطبق عند نشوب أي نزاع متعلق بهذه العمليات المصرفية.
- العمليات المصرفية الالكترونية تفتقد للأوراق، فكل المراسلات تتم بطريقة الكترونية، فهي تحمل أو تسجل على حامل غير مادي ذي طبيعة الكترونية، ومن ثم يطرح إشكال الإثبات في ظل غياب الكتابة الخطية.
- يقوم العميل بالعملية المصرفية الالكترونية عن بعد وبدون الحضور إلى البنك، وفي حالة إبرام العقد فإن هذا العقد يكون بين غائبين، و من ثم تطرح العمليات المصرفية الالكترونية إشكالية التعاقد عن بعد.
- العمليات المصرفية الالكترونية تتم من خلال بنوك الكترونية، توظف أقل عدد ممكن من العمال، و يمكن القيام بها على مدار الساعة من ليل أو نهار، ومن ثم فإن تكلفتها أقل بكثير من تكلفة العمليات المصرفية العادية[1].
- يمكن للبنك الالكتروني اختيار أفضل الأماكن على مستوى العالم، من حيث النظم القانونية والاقتصادية والحالة السياسية، المشجعة على القيام بالعمل، والذي يصل إلى كل أطراف العالم عن طريق وسائل الاتصال الحديثة و أهمها الانترنت[2]. وهذا ما يدعونا لدراسة شروط تقديم هذه العمليات، والمتطلبات القانونية اللازمة لذلك.
- تتصف العمليات المصرفية الالكترونية بالتنوع والتجدد والمرونة، بحيث يمكن القيام بمعظم العمليات التقليدية بطريقة الكترونية، إضافة إلى العمليات المصرفية الحديثة التي لا يمكن القيام

---

[1]- قدرت إحدى الدراسات الأمريكية أن تكلفة تقديم خدمة مصرفية عبر فرع البنك بطريقة تقليدية تصل إلى 295 وحدة و تكلفة نفس الخدمة تصل إلى أربع حدات لو قام بها البنك عن طريق الانترنت، و تصل إلى وحدة واحدة عند القيام بنفس الخدمة عن طريق الصراف الآلي. يوسف حسن يوسف، البنوك الالكترونية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2012، ص 16.

[2]- حسام عبد الرحمن فرج أحمد الخولي، مرجع سابق، ص 48.

بها إلا بطريقة الكترونية، مثل سحب الأموال من الموزعات الآلية. وهذا ما يدعونا لتسليط الضوء على هذه العمليات المستجدة.

- العمليات المصرفية الالكترونية، تمكن البنوك من الوصول إلى أكبر عدد ممكن من العملاء، نظرا للإشهار الواسع والكبير للخدمات والمنتجات التي تقوم بها البنوك على شبكة الانترنت، ونظرا لعدم اضطرارهم إلى التنقل إلى مقر أو فروع البنك، هذا كله يؤدي إلى تضاعف أرباح البنوك الالكترونية، واتجاه كثير من المؤسسات غير البنكية للقيام بالخدمات المصرفية الالكترونية رغم عدم تخصصها أو عدم حصولها على الاعتماد اللازم للقيام بالنشاطات البنكية.

وتبقى الميزة الهامة والخاصية الاساسية للعمليات المصرفية الالكترونية هي كثرة المخاطر التي تحيط بها، مقارنة بالعمليات المصرفية العادية، نظرا للبيئة الافتراضية والإلكترونية التي تتم داخلها، ونظرا لاعتمادها الكبير على الوسائل والبرامج والتطبيقات الفنية التكنولوجية الحديثة، مما يتوجب على البنوك إعداد المخططات وخطط الطوارئ الدقيقة لإدارة هذه المخاطر.

ثانيا– أنواع العمليات المصرفية الالكترونية

نتناول أنواع العمليات المصرفية الالكترونية أو التقسيمات الكبرى لهذه العمليات المصرفية، بنفس الطريقة التي قسمنا بها العمليات المصرفية التقليدية من خلال قانون النقد والقرض، ونقسمها إلى عمليات مصرفية الكترونية تتعلق بالإيداع، عمليات مصرفية الكترونية تتعلق بالقرض وعمليات مصرفية الكترونية تتعلق بوسائل الدفع الإلكترونية.

أ– العمليات المصرفية الالكترونية المتعلقة بالإيداع

نتناول العمليات المصرفية الالكترونية المتعلقة بالإيداع، من خلال التطرق لعملية فتح حسابات الإيداع بطريقة الكترونية، ثم عمليات الإيداع الكتروني.

1– فتح حساب إيداع بطريقة الكترونية

يمكن لأي شخص تتوفر فيه شروط عامة يحددها البنك، القيام عن بعد وعن طريق وسائل الاتصال الالكترونية بفتح حساب إيداع على مستوى البنك من غير ضرورة التنقل إلى الوكالة البنكية أو مقابلة موظف البنك. ولقد بدأت مؤخرا بعض البنوك الخاصة في الجزائر القيام بعمليات فتح حسابات إيداع بطريقة الكترونية عن بعد، باستعمال تقنيات الاتصال عن بعد، من هذه البنوك، ناتيكسيس الجزائر، وبنك BNP Paribas. نفصل في ما يلي إجراءات فتح حسابات الإيداع عن بعد من خلال هذه النماذج.

- فتح حساب مصرفي عن بعد من خلال شروط بنك "ناتيكسيس الجزائر"

تتيح خدمة ناتيكسيس الجزائر [1] عبر الانترنت إمكانية الاستفادة بشكل أفضل من الخدمات البنكية عن بعد، ومنها إجراءات فتح حساب عن بعد من خلال التحقق من الهوية و التأكد من صحة وثائق التعريف عبر الانترنت خلال محادثة فيديو آمنة.

ولقد بين البنك من خلال الشروط الموضحة على موقعه على الأنترنت[2]، شروط فتح الحساب البنكي عبر الانترنت، وبأن هذه الخدمة لا يمكن الاستفادة منها إلا للشخص الطبيعي المتمتع بالأهلية القانونية بعد إدخال المعلومات الضرورية المتعلقة بالهوية من طرف الزبون من خلال استمارة عبر الانترنت مخصصة لذلك. حيث يتم التحقق من هوية المستخدم الراغب في فتح الحساب عن بعد من خلال وثائق التعريف الخاصة به وإثبات محل إقامته بواسطة محادثة فيديو.

وتتضمن المعلومات التي يجب أن يقدمها طالب فتح الحساب عن بعد، اسم و لقب الزبون، جنسيته، نشاطه المهني، الغرض من فتح الحساب البنكي، معطيات عن دخله، أو أية معلومات تجارية يجب التصريح بها، كيفية استخدام الحساب. كما يجب أن تكون بحوزته وثائق الهوية قبل بداية محادثة الفيديو.

وتتيح هذه الخدمة التحقق من هوية الزبائن عبر الانترنت من خلال استخدام تقنية حديثة للكشف عن الهوية الالكترونية من خلال محادثة الفيديو مما يسمح بالتحقق من هوية الأشخاص والتعرف عليهم عبر الانترنت بشكل آمن، وذلك من خلال مقارنة الوجه بين الصورة الموجودة في الوثائق والشخص الذي يتحدث في الفيديو عن طريق خوارزميات التعرف على الوجه.

بعد التحقق من هوية المستخدم، يقوم البنك بإرسال استمارة التعرف على الزبون التي يتم ملؤها مسبقا إضافة إلى الوثائق التعاقدية المرفقة باستمارة التوقيع النموذجي لإيداع التوقيع بخط اليد، إلى الزبائن عن طريق البريد الالكتروني. ولكي تكون الإجراءات صحيحة يجب على طالب فتح الحساب المصرفي عن بعد، إعادة ارسال الوثائق التعاقدية واستمارة التعرف على الزبون واستمارة التوقيع النموذجي في غضون أجل 21 يوما، من تاريخ استلامها، مع ضرورة استكمال ملأ جميع هذه الوثائق وتوقيعها بخط اليد[3].

لا تتم موافقة البنك على فتح الحساب المصرفي عن طريق الانترنت حتى يتم التأكد والتحقق من الملف الكامل الذي أرسله الزبون، كما يمكن للبنك أن يطلب من الزبون معلومات ووثائق إضافية. ولم

[1]- ناتيكسيس الجزائر هو بنك خاضع للقانون الجزائري، معتمد ومراقب من طرف هيئة الضبط لبنك الجزائر، تم اعتماده سنة 1999. انظر قائمة البنوك التجارية المعتمدة في الجزائر إلى غاية 02 جانفي 2019، على موقع بنك الجزائر: https://www.bank-of-algeria.dz

[2]- الشروط العامة لفتح حساب عن طريق الانترنت، الخاصة ببنك ناتيكسيس الجزائر عل الرابط: https://www.banxybank.com/ar/page/termes-et-conditions-p6

[3]- المرجع نفسه.

يحدد البنك المدة الزمنية الي تتطلبها عملية التحقق من الوثائق ومن ثم الموافقة على فتح الحساب المصرفي عن بعد.

ما يجب الإشارة إليه في نهاية الحديث عن شروط فتح حساب مصرفي عن بعد لدى بنك ناتيكسيس الجزائر، أن هذه الشروط جاءت على الصفحة الرسمية للبنك، وجاءت بعدها العبارة التالية: "المعلومات الواردة في خدمة ناتيكسيس الجزائر عبر الانترنت تتمتع بطابع إعلامي بحت ولا تتضمن أي التزام قانوني أو تعاقدي من جانب ناتيكسيس الجزائر، والتي تحتفظ بحق تعديل خصائصها". فالبنك هو الذي يحدد الشروط، وهو الذي يدعو الزبون للتعاقد عليها، وهو الذي يعدلها بإرادته المنفردة.

وما يجب الإشارة إليه أيضا، أن نسخة اتفاقية فتح حساب إيداع[1]، الشروط العامة، التي يمكن تحميلها من موقع البنك، ومن خلال الاطلاع على مختلف موادها الأربعة و العشرين ، لم نجد فيها أية إشارة لإمكانية فتح الحساب عن بعد، ولا وجود للشروط التي تم تفصيلها على مستوى الموقع. فهل هذه الاتفاقية خاصة بحالة فتح الحساب عند الحضور أو التنقل إلى الوكالة فقط؟ ومن ثم هل يمكن القول أن هذه الاتفاقية مستقلة عن اتفاقية فتح الحساب بطريقة الكترونية عن بعد؟ وإذا كان الأمر كذلك فلما لم يتم كتابة اتفاقية، الشروط الخاصة بفتح الحساب عن بعد بهذه الطريقة على شكل مواد واضحة ودقيقة حتى يمكن للزبون استيعابها جيدا ومن ثم له الحق في قبولها أو رفضها. اعتقد أن الأمر يحتاج إلى صياغة اتفاقية فتح حساب مصرفي عن طريق الانترنت بطريقة واضحة ودقيقة على غرار هذه الاتفاقية.

من جهته بنك **BNP Paribas** الجزائر قدم عرضا للجزائريين المقيمين في الخارج من أجل فتح حساب بنكي عن بعد ومن غير ضرورة التنقل للوكالة البنكية، ويكون ذلك من خلال ملأ الاستمارة التي يقدمها البنك على الموقع، حيث يتم إرسال المعلومات الشخصية للبنك في كل أمان، ثم يقوم الزبون بطباعة الاستمارة وإمضائها، ثم يقوم بالمصادقة عليها لدى قنصلية الجزائر بالدولة التي يتواجد بها طالب فتح الحساب عن بعد[2].

– فتح حساب مصرفي عن بعد من خلال شروط بعض البنوك الفرنسية

تقوم معظم البنوك الفرنسية بفتح الحسابات المصرفية عن بعد من غير الزامية الحضور للوكالة، من خلال بعض الخطوات البسيطة ، التي تتمثل أساسا في الدخول لموقع البنك وملأ استمارة المعلومات وارسالها للموقع، ثم طباعة الطلب الموجود على مستوى موقع البنك، ثم تكوين الملف المرفق للطلب الذي يتضمن الوثائق الثبوتية والمتمثلة أساسا صورة لبطاقة الهوية سارية المفعول، كبطاقة التعريف مثلا، وثيقة تثبت الإقامة مثل وصل الكراء أو فاتورة الكهرباء، الوثائق المتعلقة بإثبات المداخيل، مثل كشف الراتب

[1]- اتفاقية فتح حساب إيداع، الشروط العامة، الخاصة ببنك ناتيكسيس الجزائر، يمكن تحميلها من خلال الرابط: https://www.banxybank.com/docs/document/autres/CONVENTION-D-OUVERTURE-DE-COMPTE-BANXY-4.pdf

[2]- https://www.bnpparibas.dz/

للشهرين الأخيرين، أو الوثائق الضريبية التي تبين أرباح التجار. ثم تقوم ببقية الخطوات مثل إدخال الرقم السري المرسل من البنك إلى الهاتف الشخصي للزبون، ثم اختيار اسم المستخدم و كلمة المرور ليتمكن من الدخول إلى الفضاء الخاص به على موقع البنك.

بعض البنوك تقبل أن يتم تصوير هذه الوثائق عن طريق الماسح الضوئي وأرسالها مع نموذج الإمضاء عن طريق موقع البنك أو البريد الالكتروني للبنك، وبعد دراسة الملف والتأكد من هوية صاحب الطلب يتم فتح الحساب في حالة اكتمال الملف.

أما البعض الأخر من البنوك مثل «**La banque postale**» تشترط أن يقوم المعني بطباعة الطلب و جمع الملف الورقي، ونموذج الإمضاء وارساله في ظرف عن طريق البريد العادي إلى عنوان البنك، بعد التحقق من الملف يتم فتح الحساب المصرفي، وإنجاز البطاقة البنكية وارسالها لصاحب الحساب[1].

ويشترط بنك « **la banque postale**» لمن يرغب في فتح على حساب مصرفي عن بعد[2]:

- أن يكون شخصا طبيعيا، متمتعا بالأهلية القانونية،
- أن تكون اقامته الضريبية في فرنسا،
- أن تكون له الوثائق الثبوتية للهوية، الاقامة، المداخيل،
- أن يكون له حساب مصرفي ودفتر شيكات مسبق، لدى أحد البنوك الفرنسية،
- أن لا تكون له الجنسية الأمريكية.

لكن ما يجب ملاحظته أن بعض البنوك الالكترونية، أو بعض البنوك التي تقدم العمليات المصرفية بطريقة الكترونية، تقوم بفتح حسابات مصرفية لزبائنها عن بعد دون رسوم، ودون أي تبرير لمصادر الأموال المودعة فيها، ودون أي شرط يتعلق بالمداخيل، وهذا في الحقيقة من شأنه أن يشجع على تبييض الأموال بطريقة كبيرة. كما تقوم معظم البنوك الالكترونية بتقديم تحفيزات أو هدايا على فتح هذه الحسابات، على شكل مبالغ مالية تتراوح من 50 إلى 150 أورو[3].

غير أن بعض البنوك الإلكترونية الأخرى، التي تقوم بفتح حسابات مصرفية بطريقة الكترونية، تشترط وجود حسابا بنكيا سابقا للزبون، من أجل القيام بإيداع الحد الأدنى من المبلغ المالي المطلوب لفتح

[1] - https://www.labanquepostale.fr/particulier/produits/quotidien/comptes_services/ouvrir_compte/ouvrir_compte_en_ligne.enligne.html

[2] - المرجع نفسه.

[3] -La liste de 07 banques sur le lien : https://pouruneautreeconomie.fr/ouvrir-compte-bancaire-en-ligne-gratuitement/

الحساب. وهذه الطريقة في الحقيقة تساعد البنك على التعرف على هوية الزبون، لأنها تعتمد على المعلومات المستقاة من حسابه السابق، والذي يكون قد تم فتحه بطريقة الحضور الإلزامي للوكالة.

بعض البنوك الالكترونية التي ليس لها وكالات على الأرض، تتنازل عن الشروط المتعلقة بمعرفة هوية الزبون ومصدر الأموال، والإقامة، من أجل جذب أكبر عدد ممكن من الزبائن، لكن مصاريف فتح الحساب المصرفي عن بعد في هذه البنوك الالكترونية أكبر منها في البنوك العادية، رغم أنها تقوم بنفس الطريقة لفتح الحساب. وبعضها يقدم بطاقات بنكية بمصاريف أكبر من البنوك العادية، وهذا كله من أجل كسب أكبر عدد من الزبائن. بصفة عامة يمكن القول أن طريقة فتح الحساب المصرفي الالكتروني في البنوك الالكترونية أسهل، لكن مصاريف تقديم الخدمات وإدارة الحساب تكون أكبر في البنوك العادية التي تقوم بالعمليات المصرفية بطريقة الكترونية.

من البنوك الالكترونية التي تقوم بفتح الحساب المصرفي عن بعد موقع « Capitaine Banque[1] » حيث تتم العملية من خلال 06 خطوات، هي[2]:

- اختيار البنك الالكتروني، من خلال مقترحات الأرضية والمقارنة بين البنوك،
- فحص الشروط الواجب توفرها لفتح الحساب
- ملأ استمارة التسجيل على الخط
- إمضاء العقد من خلال الإمضاء الالكتروني
- إرسال الوثائق الثبوتية للبنك الالكتروني بطريقة الكترونية
- فتح الحساب وتنشيط البطاقة البنكية.

أما شروط فتح الحساب المصرفي عن بعد حسب موقع الأرضية « Capitaine Banque » فهي[3]:

- ضرورة توافر الشروط المتعلقة بالأهلية،
- الإقامة الفيزيائية والإقامة الضريبية على التراب الفرنسي،
- حيازة حساب مصرفي سابق باسم الزبون في أحد البنوك الفرنسية،
- أن لا تقل المداخيل الشهرية عن 1000 أورو.

[1]- Capitaine Banque : Entreprise enregistrée au registre officiel de l'ORIAS, en tant qu'intermédiaire en opérations de banque, depuis 2013, en France, site officiel : https://www.capitaine-banque.com

[2]- Capitaine Banque, «Ouvrir un compte bancaire en ligne-comment faire? », In https://www.capitaine-banque.com/actualite-banque/ouvrir-un-compte-bancaire-en-ligne/

[3]- Ibid.

وبعد فحص الملف والتأكد من هوية الزبون من طرف البنك، يجب على هذا الاخير أن يتأكد أيضا أن طالب فتح الحساب المصرفي بطريقة الكترونية غير مسجل بقائمة الممنوعين من فتح الحسابات المصرفية على مستوى البنك الفرنسي.

لكن الخطوة الأخيرة من خطوات فتح الحساب عن بعد لا يمكن أن تتم إلا بعد قيام الزبون بأول عملية إيداع لمبلغ مالي في الحساب عن طريق الشيك أو عن طريق تحويل مصرفي الكتروني، أو عن طريق البطاقة البنكية، من حسابه المصرفي السابق إلى الحساب الجديد[1]. بعد هذا الإيداع يقوم البنك بإرسال رسالة للزبون تعلمه بقبول، أو رفض الطلب. وفي حالة القبول، وهي الحالة العامة، يتم استلام البطاقة البنكية مع الرقم السري الخاص بها، والرقم السري الخاص بالفضاء الآمن للزبون في غضون أسبوع. بعده يجب على الزبون أن يقوم بأول عملية دفع أو سحب من خلال كتابة الرقم السري حتى يتم تفعيل البطاقة[2].

2- الإيداع الإلكتروني

بعد فتح الحساب المصرفي الالكتروني عن بعد، باتباع مختلف الخطوات والشروط التي تتطلبها مختلف البنوك الالكترونية، أو البنوك العادية التي تقدم العمليات المصرفية بطريقة الإلكترونية، والقيام بإيداع المبلغ الأولي الذي يشترطه البنك، والحصول على البطاقة البنكية الالكترونية ومختلف كلمات المرور والرموز السرية المتعلقة بها، يمكن لصاحب الحساب أن يقوم بعمليات الإيداع في حسابه بطرق مختلفة، بالحضور للوكالة إذا كان البنك الالكتروني له وكالة أو فرع على الأرض، أو من خلال عمليات التحويل إلى حسابه أو الإيداع فيه من طرف أشخاص آخرين بمناسبة القيام بمختلف أعماله الوظيفية أو التجارية.

ب- العمليات المصرفية الالكترونية المتعلقة بالقرض

لم تعد العمليات المصرفية المتعلقة بالقرض حكرا على البنوك التقليدية التي تقوم بالعمليات المصرفية بطريقة كلاسيكية، بل أصبح بإمكان مختلف البنوك التي تمارس النشاط المصرفي على الخط القيام بمختلف العمليات المتعلقة القرض بطريقة الكترونية. قروض الاستهلاك أصبحت ممكنة الآن بطريقة الكترونية، بل بعض القروض العقارية أصبحت أيضا ممكنة بطريقة الكترونية لزبائن البنوك والمؤسسات المالية.

---

[1]- المبلغ الأدنى الذي يجب إيداعه بطريقة الكترونية في الحساب، بصفة عامة لا يقل عن 300 أورو، لكن بعض البنوك مثل« Monabanq » تقبل الإيداع الأول بقيمة 150 أورو.

[2]-- Capitaine Banque, Op.cit.

يرغب معظم الزبائن في القيام بالعمليات المصرفية الإلكترونية عن بعد لسبب رئيسي يتعلق بربح الجهد والوقت اللازمين للقيام بهذه العمليات التي قد تتكرر عدة مرات في اليوم الواحد، هذا إضافة إلى المزايا الأخرى الذي ذكرناها سابقا، مثل تجنب خطر حمل الأموال، وغيرها. لكن السؤال الذي يجب طرحه في هذا السياق هو لماذا يرغب الأشخاص في القيام بعمليات قرض بطريقة الكترونية، رغم أن هذا النوع من العمليات المصرفية لا تتميز بالطابع الدائم والمتكرر، فقد لا تتكر عملية مصرفية متعلقة بالقرض أكثر من مرة في السنة؟

يرى البعض أن الأفراد يرغبون في اللجوء إلى القروض المصرفية الإلكترونية، لعدة أسباب وجيهة، تتعلق اساسا بانخفاض الفوائد عن هذه القروض وخاصة من طرف البنوك الالكترونية، مقارنة بالقروض الكلاسيكية، كما أن الرسوم الناتجة عن هذه العمليات بطريقة الكترونية تكون أقل من الرسوم في غيرها من العمليات العادية، وأيضا لا توجد تكاليف أو رسوم لدراسة ملف القرض، وذلك لأن البنك الالكتروني يبذل جهدا وقتا أقل من غيره عند دراسة الملف وإدارة العمليات المتعلقة بالقرض بطريقة الكترونية.

ولقد أصبح حاليا، في الدول المتطورة، من النادر الحصول على قرض بالتوجه مباشرة إلى مقر الوكالة المصرفية ومقابلة المسؤول، إنما يتم ذلك عن بعد بطريقة الكترونية، عن طريق البريد الالكتروني أو عن طريق موقع الأنترنت الخاص بالبنك، أو عن طريق الهاتف أو عن طريق تقنية الاجتماع عن بعد أي "الفيديو كونفيرانس". وهذا لا يعني أن الزبون من أجل الحصول على القرض يكون تحت رحمة الآلة، بل إن البنوك الالكترونية تضع مستشارين قانونيين مؤهلين في خدمة الزبائن للإجابة عن كل استفساراتهم وتساؤلاتهم، قبل القيام بإمضاء العقد[1].

1- إجراءات الحصول على القرض الالكتروني

من أهم مميزات القرض الالكتروني، أن الشخص يمكن أن يحصل على الموافقة المبدئية على القرض من طرف البنك خلال دقائق معدودة، وأن كل المعطيات والمعلومات المتعلقة بالقرض يمكن الحصول عليها بنقرة الفأرة. بعض المواقع الالكترونية المتخصصة تتيح للزبون إمكانية الخيار والمفاضلة بين مختلف عروض القرض المقدمة من طرف عدد كبير من البنوك، وذلك باختيار أفضل عرض مناسب للمستهلك حسب ظروفه الخاصة، وحسب المعايير المختلفة للقرض، كالمدخول الشهري للزبون، قيمة قرض، مدة القرض، فوائد القرض، المصاريف والعمولات المتعلقة بالقرض، وغيرها من المعايير التي تمكن المقترض من اختيار العرض والبنك المناسبين. تتم كل هذه الإجراءات بطريقة الكترونية، ومن غير ضرورة التنقل لأية وكالة أو أي بنك من البنوك.

[1]- Capitaine Banque, op.cit.

بعض البنوك لا تسمح بالقرض الالكتروني إلا لعملائها الذين يمتلكون حسابات مصرفية سابقة، والبعض الآخر لا يشترط هذا الشرط. وتمر عملية طلب القروض بطريقة الكترونية، عموما بمراحل أساسية أهمها:

– اختيار البنك من خلال المواقع المتخصصة في المقارنة بين مختلف العروض،

– ملأ الاستمارة وارسالها لموقع البنك الالكتروني،

– ارسال الوثائق الثبوتية المتعلقة بالهوية، الإقامة المدنية و الجبائية، تبرير المداخيل الشهرية، في معظم الحالات يتم ارسال هذه الوثائق بطريقة الكترونية.

– في حالة الموافقة يتم ارسال العقد من طرف البنك للزبون ليقوم بإمضائه وإعادته للبنك. بعض البنوك تستعمل الامضاء الالكتروني، والبعض الآخر من البنوك التي لها وكالات على الأرض، تطلب إرسال العقد الممضي من طرف الزبون وحتى الوثائق الثبوتية عن طريق البريد العادي إلى عنوان الوكالة. وفي أحيان كثيرة يتم اجراء اتصال بين الزبون وموظفي البنك عن طريق البريد الإلكتروني أو عن طريق الهاتف، أو عن طريق تقنية الاجتماع عن بعد، حيث يتم التعرف جيدا على هوية العميل، في حالة التعامل معه أول مرة من طرف البنك، كما يتم مناقشته في طريقة تسديد القرض. وحتى في حالة توقيع العقد المصرفي الإلكتروني المتعلق بالقرض، مكن القانون الفرنسي المستهلك حق العدول عنه خلال مدة 14 يوما من تاريخ إمضائه، ومنه يمكن العدول عن ابرام العقد بطريقة عادية ومقبولة قانونا[1].

مجالات القروض الالكترونية واسعة ومختلفة مثل ما هو الحال في القروض البنكية العادية، يمكن أن تكون القروض الالكترونية على عقار ويمكن أن تكون على منقول، ويمكن أن يكون القرض استهلاكيا لشراء سيارة أو قرض أشغال في بناية معينة، ويمكن أن يكون القرض مهنيا من أجل تمويل مشاريع تجارية أو صناعية أو حرفية للمؤسسات الصغيرة و المتوسطة.

2– القرض الاستهلاكي الالكتروني

من البنوك الالكترونية التي تقترح على زبائنها قروضا استهلاكية الكترونية،**Hello bank**، وهي فرع من فروع **BNP Paribas** الفرنسي، حيث يمكن الحصول على قرض استهلاكي إلى غاية 75000 أورو خلال فترة من 12 إلى 60 شهرا، مع تكاليف دراسة الملف مجانية[2].

من جهته البنك الالكتروني **Bourdorama** الذي أنشئ سنة 1995، والذي يعتبر فرعا من فروع **Société Générale** يقترح على زبائنه قروضا استهلاكية ابتداء من 10000 أورو خلال فترة

[1] - https://www.banquesenligne.org/credit-en-ligne/#Comparez_les_credits_en_ligne
[2]- Hello Bank, filiale de BNP Paribas banque, sur le site ; https://www.hellobank.fr/

48 شهرا. ومن جهته أيضا البنك الالكتروني BfortBank[1]، يقترح على زبائنه الذين يملكون حسابا بنكيا لديه عدة أنواع من القروض الاستهلاكية الالكترونية، منها قرض سيارة، قرض أشغال، وقرض شخصي بمبلغ 10000 أورو خلال فترة 12 شهرا.

3- القرض العقاري الالكتروني

لم تعد القروض العقارية، رغم شكليتها القانونية المعقدة، حكرا على البنوك التقليدية، بل إن عدد البنوك الالكترونية التي تقدم هذا النوع من القروض بطريقة الكترونية في ازدياد مستمر، ومن البنوك الالكترونية التي تقترح قروضا من هذا النوع نذكر:

Hello Bank ، ING DIRECT، Boursrama Banque، Fortuneo. ولا تشترط معظم هذه البنوك من طالب القرض أن يكون زبونا، إنما يمكن أن يحتفظ ببنكه الخاص ومع هذا يستفيد من قرض عقاري من احدى هذه البنوك الإلكترونية. بعض هذه البنوك تشترط المساهمة الشخصية لتغطية مصاريف الموثق، ومصارف الوكالة. مدة القرض قد تصل إلى 25 سنة، ومبلغ القرض قد يصل إلى 1.500.000 أورو[2].

4- إبرام عقد قرض المنقول الالكتروني

إبرام قرض عقد المنقول عبر الانترنت كان مستحيلا بالنظر للشكلية الحامية للمستهلك في قانون الاستهلاك المتعلق بالعقود العادية التقليدية أي غير الالكترونية، غير أنه أمام التطورات الحاصلة في مجال المعاملات الالكترونية تم فسح المجال لإيجاب وقبول قرض منقول الكتروني. إلا أن المشرع الجزائري لم ينظم طريقة ابرام العقود المصرفية الالكترونية لا في القانون المدني ولا في قانون المستهلك ولا في قانون التجارة الالكترونية ولا في غيرهم من القوانين ذات الصلة. وعليه نتناول ذلك من خلال قانون الاستهلاك الفرنسي.

فإيجاب القرض الالكتروني لابد أن يتضمن البيانات المتضمنة أو التي نصت عليها المادة L311-10 من قانون الاستهلاك، وهي ذاتها الواجب توافرها في عقود الاستهلاك النموذجية.

هذا الإيجاب الالكتروني لما يتم تحريره من طرف المقرض (البنك) يرسل إلى المقترض (العميل) أو يوضع تحت تصرفه، على شكل نسختين اثنتين، أو ثلاث في حالة وجود كفيل، حسب ما جاء به نص المادة L311-8 من قانون الاستهلاك الفرنسي. كما بينت المادة L311-6 لاسيما الفقرة الثانية منها أن

[1]- BfortBank, filiale du Crédit Agricole, est une banque 100% en ligne créé en 2009, offres à ses clients plusieurs services en ligne, compte bancaire en ligne, cartes bancaire, crédits bancaires, sur site : https://www.bforbank.com/

[2]- Capitaine Banque : Entreprise intermédiaire en opérations de banque, sur le site: https://www.capitaine-banque.com/actualite-banque/credit-banque-en-ligne/

الخط الذي يكتب به الإيجاب يجب أن يكون مقروءا ولا يقل عن رقم الخط عن8. وحددت المادة نفسها أن مهلة الإيجاب لا يجب أن تقل عن 15 يوما ابتداء من تاريخ إرساله.

أما القبول الالكتروني لإيجاب القرض فيتم بموجبه ابرام عقد القرض الالكتروني، وهذا بمجرد أن يقبل العميل بإيجاب البنك إذا جاء في المدة المحددة لصلاحية الإيجاب، والتي لا تقل عن 15 يوما، إلا اذا احتفظ المقرض بحق اعتماد أو قبول شخص المقترض (العميل) وفي هذه الحالة لا بد أن يصدر هذا الاعتماد أو القبول خلال 7 أيام اللاحقة لقبول العميل، وبعدها يبرم عقد القرض الالكتروني وفق طريقة النقرتين «double clic»[1].

وعليه فبمجرد ظهور الرسالتين على شاشة الحاسوب أو الهاتف المحمول والمتمثلتين في قبول الإيجاب من العميل وإرسال وصل الاستلام لهذا القبول من طرف البنك، حيث يسمح هذا الوصل للعميل من التأكد والتحقق من العناصر الأساسية لعقد القرض والتي تشمل أساسا، هوية الأطراف والكفيل إن وجد، وقيمة القرض وطرق دفعه وقيمة الفائدة وأجل الاستحقاق.

ويجب أن يتمكن العميل من تصحيح الأخطاء المحتملة قبل تأكيد القبول عن طريق النقر ثانية بالفأرة. وجدير بالذكر أنه للمقترض حسب قانون الاستهلاك الفرنسي حق الرجوع عن التزامه الأول خلال مدة 14 يوما من تاريخ قبوله[2]. كما نشير إلى أن حق العدول في القانون الفرنسي هو 07 أيام في العقود العادية، ولكن في عقد القرض الالكتروني تم تمديده إلى 14 يوما.

والجدير بالذكر أن حق العدول ليس مهلة للتفكير والتحقق، وعليه فإنه لا يوقف تنفيذ عقد القرض، وعلى المستهلك الذي يمارس حق العدول أن يرجع قيمة القرض والفائدة على المدة التي استمر فيها العقد وكذا المصاريف المتعلقة بإبرام عقد القرض الالكتروني، غير أنه يعفى من دفع غرامات القرض الالكتروني. ونشير إلى أن هناك تأثيرات جديدة على القانون الفرنسي من طرف القانون الأوروبي.

ج- العمليات المصرفية المتعلقة بإدارة وسائل الدفع الالكترونية

تتجه التجارة نحو تحول عميق من العالم المادي المحسوس إلى العالم الافتراضي، كما أن طريقة اقتناء السلع والخدمات وطريقة تسديد ثمنها في تطور دائم ومستمر نتيجة تطور الوسائل التقنية التي تقوم عليها عمليات الدفع وتسدد الثمن[3]، ومن ثم وجب على القانون أن يواكب وينظم ويؤطر هذه الوسائل، حتى تتم مختلف هذه العلميات في بيئة قانونية آمنة يتمكن من خلالها كل الأطراف معرفة حقوقهم والتزاماتهم بمناسبة القيام بمختلف هذه العمليات المصرفية.

---

[1] - Article L311-16 du code de la consommation français, disponible sur le site ***legifrance***, le service public de la diffusion du Droit : https://www.legifrance.gouv.fr/

[2] - Article L121-20-12.

[3]- La commission européenne, LIVRE VERT :Vers un marché européenne intégrés des paiement par carte, par internet et par téléphone mobile, Bruxelles, le 11.1.2012, p 02.

نتناول الحديث عن وسائل الدفع الالكترونية من خلال التطرق لتحديد مفهوم وتعريف مختلف المصطلحات المتعلقة بها ألا، ثم نناقش مدى اعتراف المشرع الجزائري بهذه الوسائل، ثانيا، على أن نتناول تنظيم هذه الوسائل من خلال القانون المقارن، ثالثا.

1– مفهوم وسائل الدفع الالكترونية والمصطلحات ذات العلاقة بها

يقصد بالدفع الالكتروني نظام الدفع الآلي عبر شبكة الانترنت، أو أية شبكة اتصال الكترونية أخرى. وهو نتيجة طبيعة للتطور التكنولوجي والكبير لوسائل الاعلام والاتصال من جهة ولتكنولوجيا الإعلام الآلي من جهة أخرى. على أن الدفع أو الوفاء الالكتروني قد ينصرف إلى معنيين، احدهما واسع والآخر ضيق.

يقصد بالدفع الالكتروني بالمعنى الواسع كل عملية وفاء أو دفع لمبلغ من النقود التي تتم بأسلوب غير مادي ولا يعتمد على دعامات ورقية، إنما يكون بالاعتماد على الوسائل والأجهزة والتقنيات الالكترونية. ويقصد بالدفع الالكتروني بالمعنى الضيق، عمليات الوفاء أو الدفع التي تتم عن بعد ودون وجود اتصال مباشر بين الاشخاص الطبيعيين[1]. وهذا المعنى الأخير الضيق هو الذي اعتمدناه في تعريف العمليات المصرفية الالكترونية، وهو الذي نعتمده هنا وفي كامل هذه الدراسة. وهو الدفع عن بعد من غير الحضور الفعلي للدافع إلى البنك أو المؤسسة المالية لإعطاء أمر الدفع كتابيا. ومنه يمكن القول أن الدفع الالكتروني هو الدفع الذي تتم كل مراحله عن بعد.

ومع هذا نعتبر عمليات الدفع أو التحويل التي تتم عبر نهائيات الدفع الإلكتروني (TPE) أو الشبابيك الآلية للبنوك (GAB) أو الموزعات البنكية للأموال (DAB) من قبل الدفع الالكتروني. وذلك على اعتبار عدم وجود اتصال مباشر بين الدافع، مستعمل أحد أجهزة الدفع السابقة، والمستفيد.

وللحديث عن وسائل الدفع الالكترونية نتطرق لتعريفها وكذا تعريف بعض المصطلحات المشابهة، ومنها أنظمة الدفع الالكتروني وكذا خدمات الدفع الالكتروني.

– وسائل الدفع الالكترونية

عرف قانون التجارة الالكترونية وسيلة الدفع الإلكتروني على أنها: "كل وسيلة دفع مرخص بها طبقا للتشريع المعمول به، تمكن صاحبها من القيام بالدفع عن قرب أو عن بعد، عبر منظومة الكترونية"[2].

---

[1]- عدنان ابراهيم سرحان، **"الوفاء (الدفع) الكتروني"**، بحوث مؤتمر الأعمال المصرفية بين الشريعة والقانون، المنعقد بتاريخ 10-12 ماي 2003، كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبي، المجلد الأول، ص 271.

[2]- المادة 06، فقرة 05 من القانون 18-05، مؤرخ في 10 ماي 2018، متعلق بالتجارة الالكترونية، ج ر رقم 28 بتاريخ 16 ماي 2018.

بينما عرف الفصل 02 من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي، وسيلة الدفع الالكتروني على أنها: "الوسيلة التي تمكن صاحبها من القيام بعمليات الدفع المباشر عن بعد عبر الشبكات العمومية للاتصال"[1].

ومن جهته اعتبر القانون العربي الإسترشادي للمعاملات والتجارة الالكترونية، وسيلة دفع الكتروني[2]، كلا بطاقات الوفاء الالكترونية، أي كلا من بطاقات الدفع أو بطاقات السحب أو بطاقات الائتمان. والتحويل الالكتروني للأموال، والنقود الالكترونية، والاعتماد المستندي الالكتروني والأوراق التجارية الالكترونية، ومنها خاصة الشيك الالكتروني. كما عرف ذات القانون أمر الدفع على أنه كل أوامر الدفع الصادرة فقط عن وسيط الالكتروني[3]. أي لا يمكن الاعتداد هنا بأوامر الدفع الكتابية التي تقدم يدويا للبنوك والمؤسسات المالية. من جهة أخرى فإن أوامر الدفع الالكترونية الصادر تنفيذا للعقود الالكترونية، وباستخدام وسائل أو أدوات الدفع الالكتروني يكون غير قابل للرجوع فيها، إلا للأسباب التي يحددها القانون[4].

– أنظمة الدفع الالكتروني

تعبر أنظمة الدفع الالكترونية عن كل الأنظمة التي تستخدم في تسوية العمليات المالية عبر الوسائط الالكترونية، إذ يتم اعتمادها بين المصارف أو الشركات أو الأفراد داخل الوطن الواحد أو خارجه. وتعمل هذه الأنظمة على أساس نظامين أساسيين؛ الأول معروف باسم نظام التحويل الالكتروني للأموال (EFT)، أما الثاني فيعرف باسم نظام التبادل الالكتروني للبيانات المالية (FEDI) [5] . ويختلف هذا الأخير عن الأول بأنه يحول بيانات وشروحات الصفقات التي تمت، بمعنى تحويل كل البيانات بصورة آنية، عكس الأول الذي لا يقوم بتحويل إلا المعلومات المتعلقة بقيمة الصفقة فقط[6].

ولقد عرف النظام 05–07 الصادر عن بنك الجزائر، المتضمن أمن أنظمة الدفع، نظام الدفع على أنه: "إجراء وطني أو دولي ينظم العلاقات بين طرفين على الأقل لهما صفة بنك أو مؤسسة مالية أو هيئة مالية مختصة أو مؤسسة منخرطة في غرفة مقاصة أو مؤسسة غير مقيمة تتمتع بوضع قانوني

---

[1]- قانون المبادلات و التجارة الالكترونية التونسي، قانون عدد 83 مؤرخ في 9 أوت 2000، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 64 ،تاريخ 11 أوت 2000.

[2]- المادة 27 من القانون العربي الإسترشادي للمعاملات والتجارة الالكترونية، المعتمد بقرار مجلس وزراء العدل العرب رقم 812/د25 بتاريخ 2009/11/19.على الموقع: https://carjj.org/laws

[3]- المادة 28 من القانون العربي الإسترشادي، المرجع نفسه.

[4]- المادة 29، القانون العربي الإسترشادي، المرجع نفسه.

[5]- EFT : Electronic Funds Transfers. FEDI : Fincial Electronic Data Interchange.

[6]- سماح ميهوب، أثر تكنولوجيا المعلومات و الاتصالات على الأداء التجاري والمالي للمصارف الفرنسية، حالة نشاط بنك عن بعد، أطروحة دكتوراه في العلوم الاقتصادية، جامعة قسنطينة 2، السنة الجامعية 2014-2015، ص 84.

مماثل، يسمح التنفيذ بصفة اعتيادية عن طريق المقاصة أم لا، بالتسديد. وكذا فيما يتعلق في ما يتعلق بأنظمة التسوية وتسليم أدوات مالية وتسليم السندات بين المشاركين"[1].

يبدوا أن صياغة هذا التعريف جاءت معقدة وغير واضحة نتيجة سوء الترجمة من اللغة الفرنسية. ومن جهته نظام الدفع والتحويل الإلكتروني للأموال الأردني[2] عرف نظام الدفع الالكتروني تعريفا بسيطا ودقيقا، على أنه: "مجموعة البرامج أو الأدوات المعدة للدفع أو التحويل أو التقاص أو التسويات للأموال إلكترونيا، والتي يعتمدها البنك المركزي".

ولقد بينت دراسة، غير حديثة، قامت بها أحدى الشركات الأمريكية، أن تكلفة إتمام العمليات التجارية الخاصة بالشراء بالطرق اليدوية تكلف 70 دولارا، تنخفض هذه التكلفة إلى دولار واحد عند استخدام نظام التبادل الالكتروني للبيانات[3]. ونظرا لهذا الاقتصاد الكبير في مصاريف التحويل نجد أن معظم البنوك سارعت إلى تبني أنظمة الدفع الالكتروني.

– خدمات الدفع الالكتروني

لم نجد تعريفا لمصطلح خدمات الدفع الإلكتروني، في مختلف الأنظمة التي أصدرها بنك الجزائر، غير أن نظام الدفع والتحويل الإلكتروني للأموال، الأردني السابق ذكره، عرف خدمات الدفع على أنها: "الاجراءات المتعلقة بإصدار وإدارة أي من أدوات الدفع أو التحويل الالكتروني للأموال"[4].

ومن جهتها قواعد خدمات الدفع باستخدام الهاتف المحمول، المصرية، السابقة الذكر، عرفت الدفع عن طريق الهاتف المحمول على أنها: "أوامر الخصم على حساب الهاتف المحمول الخاص بمستخدم النظام لدى أي من البنوك المسجلة في مصر والتي يرخص لها البنك المركزي المصري بتشغيل النظام التي يصدرها المستخدم و يرسلها إلى البنك الذي يتعامل معه عن طريق الهاتف المحمول الخاص بالمستخدم ذاته"[5].

[1]- المادة 02 من النظام رقم 05-07 مؤرخ في 28 ديسمبر 2005، يتضمن أمن أنظمة الدفع، ج ر رقم 37 بتاريخ 2005/07/04.
[2]- المادة 02 فقرة 07 من النظام رقم 111 لسنة 2017، المؤرخ في 2017/10/18، المتضمن نظام الدفع والتحويل الالكتروني للأموال، الأردني.
[3]- حسين شحادة الحسين، **"العمليات المصرفية الالكترونية"**، أعمال مؤتمر الجديد في أعمال المصارف من الوجهة القانونية والاقتصادية –الجديد في التقنيات المصرفية- الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002، ص 200.
[4]- المادة 02 من النظام رقم 111 لسنة 2015، مرجع سابق.
[5]- الملحق (ب) للقواعد المنظمة لتقديم خدمات الدفع باستخدام الهاتف المحمول، الصادرة عن البنك المركزي المصري، في نوفمبر 2016، على الموقع: https://cbe.org.eg/.

ومن جهته ايضا، القانون العربي الإسترشادي للمعاملات والتجارة الالكترونية، عرف الدفع الالكتروني على أنه: "كل نظام أو برنامج يمكن من القيام بعمليات الوفاء بالاستعمال الكلي أو الجزئي للوسيلة الإلكترونية"[1].

من جهته عرف التوجيه الأوروبي[2] 2366/2015 المتعلق بخدمات الدفع في السوق الأوروبية الداخلية، خدمات الدفع « **services de paiement** »على أنها واحدة أو أكثر من الخدمات الواردة بالملحق رقم 1 لهذا التوجيه، والتي يتم القيام بها بطريقة احترافية[3]. وبالعودة إلى المحق رقم 01 لهذا التوجيه، نجده قد عدد خدمات الدفع وقسمها إلى 08 فئات أو مجموعات. ما يهمنا منها في هذا الموضوع هو ما تعلق بالخدمات المصرفية الالكترونية. ومنها، القيام بعمليات الدفع وتحويل الأموال عن طريق حساب الدفع لدى مقدم خدمات الدفع الخاص بمستعمل الخدمة أو مقدم خدمات آخر، وذلك عن طريق بطاقة دفع أو أية أداة مشابهة. ومنها القيام بخدمات الدفع لما تكون الأموال مغطاة بخط ائتمان لصالح مستعمل الخدمة، وذلك عن طريق بطاقة دفع أو أية أداة مشابهة. ومن خدمات الدفع أيضا، حسب ملحق التوجيه الأوروبي، إصدار وسائل الدفع، مثل البطاقات البنكية الالكترونية والنقود الالكترونية وغيرها. و/أو الحصول على خدمات الدفع[4].

وهكذا يمكن القول أن خدمات الدفع الالكتروني هي كل الأعمال التي تقوم بها البنوك والمؤسسات المالية أو أية هيئات أو شركات يسمح لها القانون بذلك، بطريقة احترافية، بالقيام بعمليات دفع وتحويل الأموال بطريقة الكترونية.

2- التنظيم القانوني لوسائل الدفع الالكترونية

نتناول التنظيم القانوني لوسائل الدفع الالكترونية من خلال دراسة مدى اعتراف وتنظيم المشرع الجزائري لهذه الوسائل المستحدثة، وكذا تنظيمها من خلال القانون المقارن.

- مدى اعتراف المشرع الجزائري بوسائل الدفع الالكترونية

تناول المشرع الجزائري وسائل الدفع الالكترونية بطريقة غير مباشرة أول مرة سنة 2003 من خلال قانون النقد والقرض 03-11، وذلك من بمناسبة تعريفه لوسائل الدفع، من خلال التعريف السابق

[1]- المادة 1 فقرة 14 من القانون العربي الإسترشادي، مرجع سابق.

[2] - Directive (UE) 2015/2366 du parlement européenne et du conseil, du 25 novembre 2015, concernant les services de paiement dans le marché intérieur, disponible sur le site : https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR

[3]-Article 4-3 : Service de paiement ; une ou plusieurs des activités visées à l'annexe I exercées à titre professionnel.

[4]- Annexe 1, services de paiement, directive N° 2015/2366. Op cit.

ذكره، بموجب المادة 69 من خلال عبارة "مهما كان السند أو الأسلوب التقني المستعمل". فهذه العبارة تشير إلى الاعتراف الضمني للمشرع الجزائري بوسائل الدفع الالكترونية، من غير أن ينظم العمل بها.

كما تناول المشرع الجزائري وسائل الدفع الالكترونية سنة 2005، بمناسبة تعديل القانون التجاري بموجب القانون 05-02. حيث أضاف للمادة 414 التي تتحدث عن الوفاء بالسفتجة، فقرة ثانية تنص على: "يمكن أن يتم هذا التقديم أيضا بأية وسيلة تبادل الكترونية محددة في التشريع والتنظيم المعمول بهما"[1]. وأضاف نفس الفقرة أيضا إلى المادة 502 التي تتحدث عن تقديم الشيك للوفاء، وجاءت الفقرة الثانية من المادة 502 بصيغة: "يمكن أن يتم هذا التقديم أيضا بأية وسيلة تبادل الكترونية محددة في التشريع والتنظيم المعمول بهما".

وبموجب القانون 05-02 السابق ذكره، المعدل للقانون التجاري ، تم إضافة باب رابع تحت عنوان "في بعض وسائل وطرق الدفع" تم فيه إدراج التحويل والاقتطاع وبطاقات الدفع والسحب، كوسائل دفع جديدة. لكن ما يلاحظ على الفصل الأول من هذا الباب الذي نظم التحويل أنه لم يتطرق أبدا إلى التحويل المصرفي أو المالي الالكتروني، أو إمكانية إجراء هذا التحويل بطريقة الكترونية. ونفس الأمر ينطبق على عملية الاقتطاع، حيث لم يشير القانون إلى إمكانية إجرائها بطريقة الكترونية.

أما الفصل الثالث من الباب الرابع، من القانون التجاري بعد تعديله، فقط اعترف أو عرف بطاقتي الدفع وبطاقة السحب من خلال المادة 543 مكرر23 ، بينما أكتفت المادة 543 مكرر24 ببيان أن الأمر أو الالزام بالدفع المعطى بموجب بطاقة الدفع غير قابل للرجوع فيه ولا يمكن الاعتراض عليه إلا في حالة ضياع أو سرقة البطاقة المصرح بها.

وهنا نسجل عدم اعتراف المشرع الجزائري ببطاقة الائتمان، وعدم ترخيصه باستعمالها، كإحدى أهم أنواع البطاقات البنكية الالكترونية، وذلك على خلاف كثير من التشريعات التي اعترفت بها. كما أن المشرع الجزائري بموجب القانون 05-02 اكتفى بمجرد تعريف ببطاقتي الدفع والسحب، ولم ينظمهما ولم يفصل حقوق والتزامات مختلف الاطراف محل العلاقة في التعامل بهما. كما لم يذكر، القانون التجاري الجزائري ولا قانون العقوبات[2] مختلف الجرائم التي يمكن أن تقوم نتيجة الاستعمال غير المشروع لهذه البطاقات البنكية. وعلى خلاف هذا فصل قانون العقوبات في الجرائم الواقعة على الشيك والسفتجة كوسيلتي دفع تقليديتين.

---

[1]- المادة 414، فقرة 02، من القانون التجاري الصادر بالأمر 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1976، المعدل بالقانون 05-02، المؤرخ في 2005/02/06، ج ر رقم 11، بتاريخ 2005/02/09.
[2]- سنفصل في هذا الموضوع عند الحديث عن المسؤولية الجزائية عن استعمال وسائل الدفع الالكترونية.

وفي خطوة يمكن أن توصف بالمفاجئة جاء في قانون المالية لسنة 2018 أنه يتعين على المتعاملين الاقتصاديين أن يضعوا تحت تصرف المستهلكين وسائل الدفع الالكتروني التي تسمح لهم بدفع مشترياتهم باستعمال بطاقات الدفع الالكتروني بناء على طلبهم. وحدد أجل الامتثال لهذا القانون بسنة واحدة[1]. جاء هذا القانون من غير تحظير تقني ولا تنظيمي سابق له ولا تالي له، ونتج عن هذا أنه كان عديم الأثر، ولم نر له أي مظهر في مختلف المعاملات المالية للمستهلكين.

أما قانون التجارة الالكترونية 18-05 الصادر حديثا، فقد اكتفت الفقرة 02 من المادة 05 منه بتعريف وسيلة الدفع الالكتروني، حسب ما ذكرناه سابقا. بينما جاء الفصل السادس من الباب الثاني تحت عنوان "الدفع في المعاملات الالكترونية" ضمن ثلاث مواد. حيث نصت المادة 27 منه على أن الدفع في التجارة الالكترونية يكون بطرقتين عن بعد أو عند تسليم المنتوج، عن طريق وسائل الدفع المرخص بها وفقا للتشريع المعمول به. وإذا كان الدفع عن بعد أو الدفع الالكتروني هو الأصل وهو الطبيعي في التجارة الالكترونية نظرا لطبيعتها، كونها تتم بين مورد ومستهلك الكترونيين، بهدف توفير سلع وخدمات عن طريق الاتصالات الالكترونية ومن غير التقاء بينهما[2]. فإننا نتساءل لماذا أضاف المشرع الجزائري الطريقة الثانية في الدفع وهي الدفع المباشر عند تسليم المنتوج، أي أن هذه الطريقة تكون بتلاقي البائع أو مقدم الخدمات والمشتري ومن ثم تتم عملية الدفع بإحدى وسائل الدفع التقليدية؟

إن طريقة الدفع عند تسليم المنتوج، التي تكون بكل تأكيد بتلاقي كلا من المورد والمستهلك لا تواكب طبيعة هذا النوع من التجارة القائمة على تقديم السلع والخدمات عن بعد. ولقد كان هذا في المرحلة البدائية لظهور التجارة الالكترونية. حيث كان الموقع التجاري يقوم بعرض كل المعلومات الخاصة بالسلع والخدمات المعروضة للبيع، وما على الزبون إلا اختيار السلعة أو السلع المراد اقتناؤها مباشرة عن طريق الانترنت، وأما تسديد قيمة السلعة فيتم نقدا عند الاستلام[3].

وقد أقر هذه الطريقة، المشرع الجزائري عندما تكون التجارة الإلكترونية داخلية، أي عندما يكون كلا من المورد والمستهلك مقيمان في الجزائر. ولهذا جاء في الفقرة الأخيرة من نفس المادة، "يتم الدفع في المعاملات التجارية العابرة للحدود حصريا عن بعد، عبر الاتصالات الالكترونية". ونعتقد أن المشرع الجزائري أقر هذه الطريقة وذلك نظرا لضعف منظومة الدفع الإلكتروني في الجزائري، وعدم تطورها ومواكبتها للتطور الحاصل في عالم التجارة الالكترونية. وكذلك عدم وجود تنظيم قانوني لوسائل الدفع الالكترونية على غرار ما هو في بقية الدول، وخاصة المتطورة منها. ومنه يمكن القول أن المشرع

---

[1]- المادة 111 من القانون 17-11 المؤرخ في 27 ديسمبر 2017، المضمن قانون المالية لسنة 2018، ج ر رقم 76 بتاريخ 28 ديسمبر 2017.

[2]- حسب تعريف التجارة الالكترونية الوارد بالفقرة الأولى من المادة 6 من القانون 18-05، السابق ذكره.

[3]- هادف حيزية، **"نجاح وسائل الدفع الالكتروني والتحول الجوهري إلى عمليات التفاعل مع التجارة الالكترونية، استعراض لتجارب بعض الدول الأوروبية"**، مجلة البحوث والدراسات العلمية، تصدر عن جامعة يحيى فارس المدية، مجلد 8، عدد2، سنة 2017، ص 270.

الجزائري عند تنظيمه للتجارة الالكترونية بموجب هذا القانون، اصطم بالتأخر الكبير الحاصل في أنظمة الدفع الالكترونية في الجزائر، ومن ثم أشار إلى إمكانية القيام بعمليات الدفع بطريقة "تقليدية"، هذا كمرحلة أولية على الأقل في انتظار تنظيم وتطوير وسائل الدفع الالكترونية في الجزائر.

أما المادة 28، أي المادة الثانية في الفصل السادس، فنصت على ضرورة أن يكون وصل موقع الانترنت الخاص بالمورد الالكتروني، بمنصة الدفع الإلكتروني مؤمنا بواسطة نظام تصديق الكتروني. ومن جهتها المادة 29 من قانون التجارة الكترونية، أي المادة الثالثة في هذا الفصل، نصت على ضرورة خضوع منصات الدفع الالكتروني لرقابة بنك الجزائر، لضمان استجابتها لمتطلبات التشغيل البيئي وسرية البيانات وسلامتها وأمن تبادلها. غير أننا لا نعلم إن كان هناك تنظيم يفصل كيفية تطبيق هذه المادة، ومن ثم يحدد كيفية مراقبة بنك الجزائر لمنصات الدفع الالكتروني. وبالتالي فإن تطبيق هذه المادة مرهون بصدور التنظيم المفصل لها.

ولقد أعاد قانون المالية لسنة 2020 نفس المادة 111 من قانون المالية 2017 السابق الذكر، مع تعديل بسيط في مضمونها، حيث جاء في نص المادة 111 "أن كل متعامل اقتصادي يجب أن يضع تحت تصرف المستهلك وسائل الدفع الإلكتروني، قصد السماح له بناء على طلبه، بتسديد مبلغ مشترياته عبر حسابه البنكي أو البريدي الموطن قانونا على مستوى بنك معتمد أو بريد الجزائر"[1]. فبعد أن حصر قانون المالية لسنة 2017 وسائل الدفع في بطاقات الدفع الالكتروني، التي يجب على المتعاملين الاقتصاديين والبنوك توفير المتطلبات التقنية اللازمة لتشغيلها، وسع قانون المالية لسنة 2020 ذلك إلى كل وسائل الدفع الالكترونية ومنها الدفع باستعمال البطاقات البنكية أو الدفع عن طريق الانترنت. كما حدد أجل سنة 01 لامتثال المتعاملين الاقتصاديين لأحكام هذه المادة. فهل تنجح الحكومة الجزائرية سنة 2020 في تعميم الدفع الالكتروني الذي عجزت عنه سنة 2017؟

نخلص مما سبق أن المشرع الجزائري رغم أنه اعترف بوسائل الدفع الالكترونية صراحة وطلب تعميمها، لكن هذا غير كاف فهو لم يقوم بتنظيمها بموجب القانون التجاري ولا قانون التجارة الإلكترونية ولا مختلف قوانين المالية، ولا أصدر قانونا خاصا ينظم وسائل الدفع الالكترونية، على غرار كثير من القوانين المقارنة[2]. كما لم ينظمها حتى بموجب نظام صادر عن بنك الجزائر. كما فعل البنك المركزي المصري عندما أصدر القواعد المنظمة لتقديم خدمات الدفع باستخدام الهاتف الجوال[3]، أو كما فعلت مؤسسة النقد العربي السعودي، عندما أصدرت قواعد الخدمات المصرفية الالكترونية[4] سنة 2010.

[1]- المادة 111 من القانون 19-14 المؤرخ في 11 ديسمبر 2019، المتضمن قانون المالية لسنة 2020، ج ر رقم 81 بتاريخ 30 ديسمبر 2019.
[2]- ومنها القانون الأردني بموجب النظام رقم 111 لسنة 2015، السباق ذكره.
[3]- القواعد المنظمة لتقديم لخدمات الدفع باستخدام الهاتف المحمول، الصادر في نوفمبر 2016، مرجع سابق.
[4]- قواعد الخدمات المصرفية الالكترونية الصادر في أفريل 2010، عن مؤسسة النقد العربي السعودي، مرجع سابق.

من جهة أخرى لم يتم تنظيم بطاقة الدفع الالكتروني "الذهبية"[1] الصادرة عن بريد الجزائر، من خلال قانون البريد والاتصالات الالكترونية[2] الصادر سنة 2018 رغم انتشارها الكبير منذ بداية العمل بها سنة 2017، وهذا رغم تنظيم ذات القانون للصك البريدي كوسيلة دفع تقليدية، في القسم الثالث من الفصل الثاني في الباب الثاني، من خلال 14 مادة، أي من المادة 46إلى المادة 59، مع بعض الإحالات إلى قوانين أخرى. فهذا القانون الحديث رغم أنه جاء لتنظيم البريد والاتصالات الالكترونية، وكان يفترض أن يتطرق لتنظيم هذه البطاقة الهامة وكثيرة الاستعمال في المجتمع الجزائري، على غرا تنظيمه للصك البريدي، لكن هذا لم يتم.

ولقد أصدر بنك الجزائر في جانفي 2005، عن طريقة لجنة التقييس، وثيقة معايير التسيير الآلي لوسائل الدفع ما بين البنوك[3]، من أجل تحديد المعايير الدنيا المطبقة على وسائل الدفع، والوسائل التقنية الملحقة بها. وفي هذه الوثيقة نظم بنك الجزائر المعايير التقنية لكل من بطاقة الدفع والشيك. والحقيقة أن هذه الوثيقة هي ذات طابع تقني أكثر منها تنظيمي قانوني. ولقد تم النص في هذه الوثيقة على أنواع البطاقات البنكية المعتمدة في الجزائر، وهي بطاقة الدفع وبطاقة السحب نقدا. والمواصفات التقنية التي يلتزم المصدر، البنوك وبريد الجزائر، بتوفرها في كل بطاقة وشروط منح البطاقة والعمليات المصرفية التي يمكن للبطاقة القيام بها، وكيفية وشروط انضمام البنوك وبريد الجزائر إلى برنامج إصدار البطاقات البيبنكية، وكيفية تسيير البطاقات من طرف المؤسسات المصدرة لها، وكيفية مواجهة المخاطر المحتملة الناتجة عن استعمال هذه البطاقات[4].

كما تم في هذه الوثيقة تحديد المعايير التقنية لنهائيات الدفع الالكترونية[5]، وكيفية تسييرها وطرق منحها للتجار المنظمين للنظام. كما تم فيها أيضا النص على المواصفات التقنية للشبابيك الآلية للبنوك وكذا موزعي النقود التي تعمل عليها البطاقات البنكية[6]، وطرق تثبيتها والمعايير التي يجب على البنوك احترامها في كل هذه الأجهزة. كما تم النص في هذه الوثيقة أيضا على طريقة نقل المعلومات بين مختلف البنوك والمؤسسات المالية والتجارية المتدخلة في العمل بهذه البطاقات البنكية[7].

---

[1]- بطاقة الدفع الالكتروني "الذهبية" هي النسخة المطورة لبطاقة السحب المغناطسية لبريد الجزائر، تم اصدارها رسميا بتاريخ 07 ديسمبر 2016، وبدأ استعمالها على مستوى الموزعات الآلية للأوراق النقدية لبريد الجزائر نهاية جانفي 2017. حسب بيان صحفي لبريد الجزائر بتاريخ 2016/12/14 على العنوان: https://www.poste.dz/news/communiques-de-presse?page=12

[2]- القانون رقم 18-04 المؤرخ في 10 ماي 2018، المحدد للقواع العامة المتعلقة بالبريد و الاتصالات الالكترونية، ج ر رقم 27 بتاريخ 13 ماي 2018.

[3] - Normes interbancaires de gestion automatisée des instruments de paiement, janvier 2005, Banque d'Algérie, Comité de normalisation. Disponible sur le site de la banque d'Algérie : www.bank-of-algeria.dz/

[4]- المادة 5 من وثيقة بنك الجزائر، المرجع نفسه.

[5]- المادة 8-1 وثيقة بنك الجزائر، المرجع نفسه.

[6]- المادة 8-2 وثيقة بنك الجزائر، المرجع نفسه.

[7]- حسب نص المادة 09 من وثيقة بنك الجزائر، المرجع نفسه.

من جهة أخرى فإن العلاقات التعاقدية بين البنك مصدر البطاقة البنكية الالكترونية وحامل البطاقة من جهة، والبنك مصدر البطاقة التاجر المنخرط في نظام العمل بالبطاقة من جهة أخرى، تم تنظيمها بموجب عقود نموذجية هي "عقد الحامل[1]" و "عقد التاجر"[2]. حددت البنود العامة لهذه العقود شركة النقد الآلي والعلاقات التلقائية بين البنوك[3]« SATIM » بينما حددت البنوك بإرادتها المنفردة بقية الشروط التعاقدية الخاصة. ومن خلال هذه العقود النموذجية تم تنظيم العمل بالبطاقة البيبنيكة « CIB » وكذا حقوق والتزامات الأطراف الثلاثة في العلاقة، البنك، حامل البطاقة والتاجر.

– تنظيم وسائل الدفع الالكترونية بموجب القانون المقارن

اهتم الاتحاد الأوروبي بعمليات الدفع منذ انشاء العملة الأوروبية الموحدة "الأورو" من خلال مشروع الفضاء الموحد للدفع بالأورو [4] « SEPA »، وبظهور التجارة الالكترونية وانتشار الدفع الالكتروني اهتم الاتحاد الأوروبي بتنظيم خدمات ووسائل الدفع الالكترونية بطريقة دقيقة، من خلال إدماجها في وسائل الدفع العادية وتنظيمها جميعا بالتوجيه الأوروبي[5] 64/2007 الصادر في 13 نوفمبر 2007. ورغم أن هذا التوجيه نظم كل وسائل الدفع المستعلمة في الاتحاد الاوروبي بما فيها وسائل الدفع الإلكترونية، بطريقة دقيقة إلا أنه تم إلغاؤه سنة 2015 وتعويضه بالتوجيه الأوربي[6] 2366/2015 الصادر في 25 نوفمبر 2015، والذي دخل حيز التنفيذ في 13 جانفي 2018 . ومن أجل توفير الحماية اللازمة والكافية لوسائل الدفع الالكترونية، أصدر الاتحاد الأوربي توجيها[7] جديدا بتاريخ 17 أفريل 2019، يتعلق بمكافحة الغش والتزوير في وسائل الدفع الالكترونية، من غير النقود. حيث تم فيه دعوة الدول الأوروبية الأعضاء إلى تجريم كل الأفعال غير المشروعة المتعلقة بالتزوير والغش في وسائل الدفع الالكترونية واستعمال وسائل الدفع المزورة أو المسروقة وكذا النص على العقوبات الجزائية المطبقة على هذه الجرائم[8]. ومن جهته المشرع الفرنسي قام بمطابقة القانون الفرنسي مع هذا التوجيه، وقام بتعديل القانون النقدي والمالي ليتوافق معه.

[1]- Contrat carte interbancaire de paiement CIB.
[2] - Contrat d'adhésion du commerçant au système de paiement par carte bancaire « CIB ».
[3] - SATIM : Société d'automatisation des transactions interbancaires et de monétique.
[4] - Adou Christelle LOBA, Le modernisation des systèmes de paiement -Le projet **SEPA** (Single Euro Payments Area- Espace unique de paiement en euros), Thèse de Doctorat en sciences économiques, Université de Bordeaux IV, Année 2011, p 82.
[5]- Directive 2007/64/CE du parlement européen et du conseil du 13 novembre 2007, concernant les services de paiement dans le marché intérieur, disponible sur le site : https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR
[6]- Directive (UE) 2015/2366, du parlement européen et du conseil du 25 novembre 2015,. Op cit.
[7]- Directive (EU) 2019/713 du parlement européen et du conseil du 17 avril 2019, concernant la lutte contre la fraude et la contrefaçon des moyens de paiement autres que les espèces et remplaçant la décision-cadre 2001/413/JAI du conseil. disponible sur le site : https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR
[8]- نتناول الحديث عن هذا التوجيه عند الحديث عن المسؤولية الجزائية عن العمليات المصرفية الالكترونية.

ومن خلال بطاقة معلومات عن التوجيه الأخير لخدمات الدفع لسنة 2015، التي قدمتها اللجنة الأوروبية[1]، بتاريخ 27 نوفمبر 2017، بينت هذه الوثيقة أن مراجعة التوجيه الخاص بالدفع تهدف إلى تدعيم التجديد والابتكار في وسائل الدفع، وكذا المنافسة بين مختلف الهيئات التي تعمل على تقديم خدمات الدفع في السوق الأوروبية. كما تهدف المراجعة إلى تحقيق الفعالية، وذلك من خلال توسيع وتحسين خيارات المستهلكين في سوق وسائل الدفع. كما يهدف التوجيه الأوروبي الأخير لخدمات الدفع إلى إيجاد مقاييس أمنية عالية للدفع الالكتروني على الخط، وهذا من شأنه أن يدعم ثقة المستهلكين في الشراء الالكتروني.

ولقد تم من خلال هذا التوجيه أيضا تدعيم حماية المستهلكين عن طرق تحسين أمن عمليات الدفع الالكتروني، ولهذا الغرض تم إجبار مقدمي خدمات الدفع الالكتروني، ومنها البنوك وبقية المؤسسات التي تقدم هذه الخدمات، على الالتزام بالمعايير التقنية عند القيام بعمليات الدفع الالكتروني أو بقية العمليات المالية ذات العلاقة. كما تم من خلال هذا التوجيه تحديد الشروط الواجب توافرها للتوثيق القوي « authentification forte »لمستعملي خدمات الدفع الالكتروني، والتأكد من هويتهم، والحالات التي يمكن اعفاء مقدمي خدمات الدفع منها.

وتهدف عملية التوثيق إلى تمكين مقدم خدمات الدفع من التحقق من هوية مستعمل خدمات الدفع وصلاحية استعمال وسيلة الدفع المناسبة، وكذا التحقق من البيانات السرية الخاصة بالمستعمل[2].

ولقد لقد فصل ونظم التوجيه الأوروبي 2366/2015 كل ما يتعلق بخدمات الدفع ومنه ما يتعلق بخدمات الدفع الالكترونية. فنظم مؤسسات الدفع والشروط اللازمة للقيام بهذه الخدمة ومنها ضرورة الحصول على الاعتماد والإجراءات اللازمة لذلك. كما نص ذات التنظيم على رأس المال الأدنى الذي يجب أن توفره مؤسسات الدفع للحصول على الاعتماد. ونص التوجيه على الحالات التي يمكن فيها للسلطات المؤهلة القيام بسحب الاعتماد من مؤسسات الدفع. ولأن هذه الأخيرة يمكن أن تقوم بخدمات كثيرة و متنوعة، نص التوجيه الأوروبي على الرأسمال الأدنى حسب نوعية خدمات الدفع المقدمة. وفي هذا الإطار على مؤسسات الدفع أن تتوفر على رأسمال لا يقل عن 20.000 أورو عندما تقوم فقط بخدمات الدفع المتعلقة بتحويل الأموال[3]. ويجب أن لا يقل رأسمالها على 50.000 أورو عندما تقوم بالخدمات المتعلقة ببدء الدفع[4]. ويجب أن لا يقل رأسمالها على 125.000 أورو عندما تقوم بكل خدمات

[1]- Commission européenne, Fiche d'information, sur la directive de paiement (DSP2)/ Normes techniques de règlementation permettant aux consommateurs de bénéficier de paiement électronique plus surs et innovants, Bruxelles, le 27 novembre 2017.
[2]- Article 4-29 du directive 2015/2366/CE, op cit.
[3]- Ibid, Article 7-a.
[4]- Article 7-b) du directive 2015/2366/CE, op cit.

الدفع المحددة في ملحق هذا التوجيه، خاصة منها ما تعلق بخدمات الدفع وتحويل الأموال من خلال حساب دفع أو من خلال بطاقات الدفع وبقية الوسائل المشابهة. وكذا القيام بخدمات الدفع وتحويل الأموال من خلال حساب ائتمان باستعمال بطاقات الائتمان أو بقية وسائل الدفع المشابهة[1]. كما نص التوجيه على أن الأموال الخاصة بمؤسسة الدفع لا يجب أن تكون أقل من رأس المال السابق ذكره، أو أقل مما هو محدد في هذا التوجيه[2].

المطلب الثاني

العمليات المصرفية الالكترونية: أمثلة ونماذج

نظرا لأهمية التفصيل في النظام القانوني للعمليات المصرفية الالكترونية، بسبب اختلافه من عملية لأخرى، ونظرا لعدم امكانية التطرق لجميع هذه العمليات في هذه الدراسة، نتناول أهم هذه العمليات في هذا المطلب، ومنه نتطرق للحديث عن العمليات المتعلقة بالبطاقات البنكية الالكترونية في الفرع الأول، ثم نتناول الحديث عن التحويل المصرفي الالكتروني، والنقود الالكترونية في الفرع الثاني.

الفرع الأول

العمليات المصرفية المتعلقة بالبطاقات البنكية الالكترونية (بطاقة CIB نموذجا)

للحديث عن العمليات المصرفية الالكترونية المتعلقة بالبطاقات البنكية الالكترونية في الجزائر، نتناول بصورة موجزة نشأة هذه البطاقات وتطورها في الجزائر، كما نتناول ظهور البطاقة البيبنكية «**CIB**[3] »، تعريفها وخصائصها، وما يميزها عن بقية البطاقات البنكية الأخرى.

أولا– نشأة البطاقات البنكية الالكترونية في الجزائرية وظهور بطاقة « CIB »

نفصل نشأة البطاقات البنكية في الجزائر، من خلال الحديث عن التطور التاريخي لهذه البطاقات في الجزائر، وكذا نشأة شركة النقد الآلي و العلاقات التلقائية بين البنوك، ثم نتناول الحديث عن انطلاق بطاقة الدفع البنكية، ومدى انتشارها في الجزائر.

أ– تطور بطاقات الدفع البنكية في الجزائر

تعود أولى محاولات استعمال الموزعات الآلية للأوراق النقدية، باستعمال البطاقات البنكية، بالجزائر إلى سنة 1975، حيث تم تنصيب موزعين اثنين[4]، واشتغلا لمدة قصيرة فقط. وبعد مدة ليست

[1]- Article 7-c) du directive 2015/2366/CE, Ibid.

[2]- Article 8 et 9 du directive 2015/2366/CE, Ibid.

[3] - CIB : Carte Interbancaire de paiement.

[4] -LAZREG Mohammed et GOUDIH Djamel Torqui, **« Un essai d’analyse sur l’utilisation de la carte électronique de retrait et de paiement interbancaire (CIB) en Algérie »**, Jornal of economic & financial research, Oum Elbouaghi University , sixthissuel, december 2016. p 31

باليسيرة ظهرت البطاقات البنكية لأول مرة بالجزائر بصورة واضحة سنة 1990، حيث أصدر القرض الشعبي الجزائري لزبائنه الأوفياء نوعين من البطاقات، بطاقة السحب التي تعمل على الموزعات الآلية التابعة لشبكة البنك، ثم انخرط البنك في شبكة "ماستر كارد" الدولية كقابل فقط للتعامل بهذه البطاقة دون إصدارها، ووصل اليوم إلى إصدار بطاقة "فيزا الدولية" ذات الرقاقة الالكترونية وفق المعيار الدولي EMV[1].

من جهته بنك الفلاحة و التنمية الريفية قام بإصدار بطاقة سحب خاصة به، موجة للأجراء الذين لهم حسابات بنكية على مستوى فروعه. و من جهته أيضا، بنك الجزائر الخارجي قام بإصدار بطاقات مسبقة الدفع موجهة لشراء البنزين على مستوى محطات نفطال، و ذلك لتعويض وصولات البنزين.

و من جهته أخري، بريد الجزائر قام بإصدار بطاقة السحب الخاصة به، و التي من خلالها يمكن لحاملي هذه البطاقة سحب الأموال من الموزعات الآلية الموزعة على كامل شبكته، حيث وصل عدد هذه البطاقات سنة 2016 إلى 7.5 مليون بطاقة، و أخيرا أصدر البطاقة الذهبية للسحب والدفع بمعيار EMV، و التي يعمل على توسيعها إلى كل صاحب حساب بريدي.

ب- نشأة شركة النقد الآلي و العلاقات التلقائية بين البنوك

تم إنشاء شركة النقد الآلي و العلاقات التلقائية بين البنوك[2](SATIM)، سنة 1995، بمبادرة من 08 بنوك جزائرية هي، بنك الفلاحة والتنمية الريفية، بنك التنمية المحلية، بنك الجزائر الخارجي، القرض الشعبي الجزائري، الصندوق الوطني للتوفير و الاحتياط بنك، صندوق التعاون الفلاحي و بنك البركة. و جاء هذا التجمع نتيجة استحالة قيام كل بنك بإنشاء مركزا خاصا به لتسيير و دراسة عمليات النقد الآلي الخاصة به[3]، و ذلك لأن هذه العملية تتطلب استثمارات و تكاليف كبيرة على عاتق كل بنك. تضم الآن شبكة النقد الآلي لشركة النقد الآلي و العلاقات التلقائية بين البنوك 16 بنكا منها 07 بنوك عمومية، و 09 بنوك خاصة، إضافة إلى بريد الجزائر.

تتمثل المهام الأساسية لشركة النقد الآلي و العلاقات التلقائية بين البنوك في العمل على تطوير و استعمال وسائل الدفع الالكترونية، وضع و تسيير القاعدة التقنية و التنظيمية، للوصول إلى توافق بين الفاعلين في شبكة النقد الآلي في الجزائر، مساعدة البنوك في وضع و تطوير منتجات الصيرفة الالكترونية، إصدار الشيكات و بطاقات الدفع لفائدة البنوك والمؤسسات المالية الأعضاء في الشبكة

[1] - EMV: Europay Mastercard Visa.
[2] - Société d'Automatisation des Transactions Interbancaires et de Monétique
[3] - موقع شركة النقد الآلي و العلاقات التلقائية بين البنوك (SATIM) على الانترنت: www.satim-dz.com

المالية البيبنكية، القيام بمجموعة الأعمال والنشاطات التي تسير النظام المصرفي الالكتروني بمختلف مكوناته.

سنة 1997 بدأت شركة النقد الآلي والعلاقات التلقائية بين البنوك في العمل على سحب النقود من الموزعات الآلية للأوراق المالية (DAB)، و ذلك من خلال وضع الشبكة المالية بين البنوك (**RMI**). و في هذا الإطار تعمل الشركة على ضمان ربط و تسيير الموزعات الآلية للنقود و الشبابيك الآلية للبنوك (**GAB**). كما تعمل على تشخيص بطاقات السحب البيبنكية (**CIB**) لفائدة البنوك. حاليا حاملي البطاقات البيبنكية لمختلف المؤسسات المالية، يمكنهم سحب النقود من خلال 1250 موزعا آليا للأوراق المالية الموزعين على المستوى الوطني.

ترى شركة النقد الآلي و العلاقات التلقائية بين البنوك، أن عملية الدفع باستعمال البطاقات البيبنكية (**CIB**) يدخل في إطار مشروع عصرنة أنظمة و وسائل الدفع، الذي يشكل حلقة أساسية في تطوير القطاع البنكي. هذا المشروع ذي البعد الوطني يستجيب للمعايير الدولية في هذ المجال. و إضافة إلى السحب، حامل البطاقة البيبنكية (**CIB**) يمكنه دفع مستحقات البضائع و الخدمات لدى التجار المنخرطين في شبكة النقد الآلي بين البنوك من خلال نهائيات الدفع الإلكتروني (**TPE**) .

ج- انطلاق العمل ببطاقة الدفع البيبنكية « CIB »

رغم أن البطاقة البيبنكية (**CIB**)، تم إطلاق العمل بها كبطاقة دفع لدى التجار المنخرطين في شبكة النقد الآلي منذ سنة 2006، إلا أن هذه الأخيرة لم تلق رواجا كبيرا في المجتمع الجزائري، و بقي استعمالها محصور جدا بين فئة قليلة من الحاملين لها و فئة أقل من التجار. حيث أن عدد البطاقات الصادرة عن شركة النقد الآلي والعلاقات التلقائية بين البنوك إلى غاية سنة 2015 يقدر ب **1142145** بطاقة[1]، و هو رقم صغير جدا مقارنة بعدد بطاقات السحب المستعملة على مستوى الشبابيك الآلية لبريد الجزائر الذي وصل نهاية سنة 2015 إلى 07 مليون بطاقة. كما أن عدد البطاقات البنكية (**CIB**) الصادرة في الجزائر قليل جدا مقارنة بكل من المغرب و تونس، حيث أن عدد بطاقات الدفع بالمغرب هو8398451، سنة 2015، و في نفس السنة وصل عدد البطاقات بتونس إلى 2665199 بطاقة[2].

و عند دراسة نسبة الزيادة في عدد البطاقات بكل من الدول الثلاث، الجزائر و الغرب و تونس، بين سنتي 2014 و 2015، نجد أن نسبة الزيادة في عدد بطاقات الدفع البنكية هي 4.6**%** في المغرب، و 12.3**%** في تونس، بينما لم تتجاوز نسبة الزيادة في عدد بطاقات الدفع البنكية بالجزائر1.7**%**.

[1] -LAZREG Mohammed et GOUDIH Djamel Torqui, Op cit. p 33.
[2]- KAMELI Mohammed et LAZREG Mohammed, « **La carte de paiement et de retrait interbancaire CIB en Algérie en 2014 : Réalité et perspectives** », Dialogue Méditerranéen, Algérie, N° 11-12 Mars 2016, p 88.

و رغم العدد الضئيل جدا من حاملي بطاقات الدفع البيبنكية على المستوى الوطني و الذي لا يمثل إلا عددا ضعيف جدا من عدد الحسابات البنكية في مختلف البنوك الجزائرية، إلا أن هذا العدد القليل من البطاقات لا يستعمل منها في الواقع إلا عددا أقل، حيث يمثل عدد البطاقات التي قامت ولو بعملية واحدة سنة 2015، 253586 بطاقة[1]، أي بنسبة 22.20**%** من العدد الكلي للبطاقات الذي هو 1142145 بطاقة.

ثانيا- مفهوم و مميزات بطاقة الدفع الالكتروني بين البنوك « CIB »

نتناول في هذا الفرع تعريف بطاقة الدفع الالكتروني، ثم نبين مميزات و أنواع بطاقة « **CIB** » ثم نميزها عن غيرها من البطاقات البنكية الالكترونية الأخرى.

أ- تعريف بطاقة الدفع الالكتروني

من التعاريف الفقهية، نذكر تعريف مجمع الفقه الإسلامي بأنها "مستند يعطيه مصدره لشخص طبيعي أو اعتباري، بناء على عقد بينهما يمكنه من شراء السلع أو الخدمات ممن يعتمد المستند، دون دفع الثمن حالا لتضمنه التزام المصدر بالدفع، و من أنواع هذا المستند ما يمكن من سحب النقود من المصارف"[2].

و قد عرفتها الدكتورة سميحة القليوبي على أنها "عقد تتعهد بمقتضاه الجهة المصدرة للبطاقة و هي في الغالب أحد البنوك، بفتح اعتماد في حدود مبلغ معين لمصلحة شخص يسمى حامل البطاقة، الأمر الذي يمكنه من الوفاء و سداد قيمة مشترياته لدى المحال التجارية التي ترتبط في ذات الوقت بالجهة مصدرة البطاقة بعقد يلزمها بقبول الوفاء بمقتضى هذه البطاقة في مبيعاتها أو خدماتها و ذلك خلال مدة معينة"[3].

وقد عرف المشرع الجزائري بطاقة الدفع بموجب المادة 543 مكرر 23 من القانون التجاري المعدل بالقانون 02/05 الصادر في 2005/02/05، بقوله "تعتبر بطاقة دفع كل بطاقة صادرة عن البنوك و الهيئات المالية المؤهلة قانونا و تسمح لصاحبها بسحب أو تحويل أموال". و بموجب نفس المادة عرف بطاقة السحب بقولها "تعتبر بطاقة سحب كل بطاقة صارة عن البنوك و المؤسسات المالية المؤهلة قانونا و تسمح لصاحبها فقط بسحب الأموال"

---

[1] - KAMELI Mohammed et LAZREG Mohammed, op ct, p 33

[2]- نقلا عن رضوان غنمي، بطاقة الائتمان بين الوضع القانوني المصرفي والتأصيل الفقهي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2012، ص547.

[3]- سميحة القليوبي، الأوراق التجارية، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 547.

و هو نفس التعريف تقريبا الذي جاء به المشرع الفرنسي من خلال نص المادة 02 من القانون رقم 91-1382، المؤرخ في 30 ديسمبر 1991، المتعلق بتأمين الشيك وبطاقات الدفع.

وقد أشارت المادة 69 من القانون 11/03 المتعلق بالنقد والقرض إلى البطاقات البنكية، عند حديثها عن وسائل الدفع، حيث جاء في نص المادة: "تعتبر وسائل دفع كل الأدوات التي تمكن كل شخص من تحويل أموال مهما يكن السند أو الأسلوب التقني المستعمل".

من جهته قانون التجارة الالكترونية 05/18 في مادته السادسة أشار لبطاقات الدفع الالكترونية عند تعريفه لوسائل الدفع الالكترونية، حيث عرف وسائل الدفع بقوله هي: "كل وسلة مرخص بها طبقا للتشريع المعمول به، تمكن صاحبها من القيام بالدفع عن قرب أو عن بعد، عبر منظومة الكترونية".

أما من جهة القضاء قد عرفت محكمة النقض الفرنسية، الغرفة المدنية[1]، بطاقة الدفع على أنها "البطاقة الالكترونية التي تمكن صاحبها من سحب الأموال من أجهزة الصرف الآلية، كما تمكنه من الحصول على حاجاته دون أن يقوم بالدفع الفوري، فيقوم بتقديم البطاقة للتاجر محولا بذلك الالتزام بالدفع على البنك، و الذي يقوم باقتطاع هذه المبالغ من حساب الحامل في وقت لاحق وفقا لما تم الاتفاق عليه في العقد الذي يجمعهما، دون أن يكون للحامل الحق في العدول عن هذا الاتفاق".

بناء على التعريفات السابقة، يمكن القول أن بطاقة الدفع البنكية « **CIB** » هي، بطاقة الكترونية محلية للدفع و السحب ما بين البنوك، تصدرها البنوك الجزائرية المنخرطة في الشبكة المالية بين البنوك، تستعمل لسحب الأموال من الموزعات الآلية للنقود، و الشبابيك الأتوماتيكية للبنوك، كما تستخدم لدفع قيمة السلع و الخدمات لدى التجار، عن طريق نهائيات الدفع الالكترونية، وتستخدم أيضا للدفع عن طريق الانترنت، لدى التجار المنخرطين في الشبكة.

ب- مميزات وأنواع بطاقة الدفع البيبنكية « CIB »

بطاقة الدفع البيبنكية « **CIB** » هي بطاقة الكترونية، ذات استعمال شخصي، مستندة إلى حساب بنكي، صادرة عن أحد البنوك المعتمدة في الجزائر، عمومية أو خاصة، تستخدم على جميع شبكة **CIB**، شبكة النقد الآلي بين البنوك، أي هي بطاقة محلية و لا تستخدم في الخارج. وحسب العقد النموذجي المبرم بين البنك و حامل البطاقة، هناك نوعان من بطاقات الدفع ضمن البطاقة البنكية **CIB**، البطاقة الكلاسيكية و البطاقة الذهبية[2].

---

[1]- cours de cassation chambre civil 1, audience publique du 30 avril 2001, N° de pourvoi 07-15730.

[2]- موقع شركة النقد الآلي و العلاقات التلقائية بين البنوك (SATIM)على الانترنت: www.satim-dz.com

من أجل ضبط و تحديد مواصفات البطاقات البنكية ذات الشريحة الالكترونية الصادرة عن البنوك و بريد الجزائر، أصدر بنك الجزائر التعليمة[1] رقم 04/05 المؤرخة في 02 أوت 2004 ، التي تحدد الشكل و المواصفات التقنية لكل البطاقات البنكية المستعملة في الجزائر، بما في ذلك بطاقة الدفع البيبنكية **CIB**، محل الدراسة.

حيث أكدت التعليمة[2] أن البطاقات البنكية الإلكترونية يجب أن تستجيب لمعيار « **EMV** »، الشريحة الالكترونية المثبتة على مستوى البطاقة تسمح بتحويلات الدفع على مستوى نهائيات الدفع الالكتروني بالمحلات التجارية، بينما الشريط المغناطيسي المثبت أيضا على مستوى البطاقة، يسمح بعمليات السحب على مستوى الموزعات الآلية للأوراق و الشبابيك الاتوماتيكية للبنوك**DAB/GAB**. كما أن هذه المعايير والمواصفات يجب أن تنطبق أيضا على نهائيات الدفع الالكتروني، التي يجب أن تستجيب للمعايير الدنيا المطلوبة في هذا الميدان، و التي يجب أن تتمكن من معالجة بطاقات الدفع البنكية ذات الشيحة، و هذا طبقا لمعيار « **EMV** ».

و حسب التعليمة السابقة الذكر، و من أجل تأمين أكثر للبطاقات البنكية، فأن ترميز الشريط المغناطيسي للبطاقة، يقتضي تسجيل المعلومات المشفرة عليه بواسطة الأجهزة والبرامج المطابقة للمعايير الدولية. كما أن الشريحة الالكترونية التي تحتوي على المعالج الصغير و الذاكرة، يجب أن تسجل عليها المعلومات الأصلية لحامل البطاقة و مصدرها، باستعمال أجهزة و برامج مطابقة للمعايير الدولية الموافقة للدفع الالكتروني على مستوى نهائيات الدفع المثبتة بالمحلات التجارية.

ولقد حددت مختلف المعايير و الشروط والمواصفات التقنية، المتصلة بالبطاقة البنكية بموجب خمسة ملاحق[3] للتعليمة 04/05، السابقة الذكر، و تخص هذه المواصفات خاصة العناصر التقنية المرتبطة بالمعالجة الآلية لعمليات السحب و الدفع الالكتروني، المتعلقة بمادة البطاقة، الترميز، الطباعة على الشريحة، المهام والوظائف، برتوكول نقل المعلومات، و كذا مواصفات نهائيات الدفع الالكتروني.

بقي أن نشير إلى أن تعليمة بنك الجزائر 04/05، أعطت مهلة 03 لسنوات، كمدة انتقالية، لمواصلة الموزعات الآلية للنقود و الشبابيك الآلية للبنوك، العمل بالشريط المغناطيسي، وبعد انقضاء هذه المدة، يجب أن تنقل كل المعلومات المسجلة على الشريط المغناطيسي و تطبع على الشريحة الالكترونية، وهذا موافقة و مسايرة للتطور التكنولوجي الحاصل في ميدان صناعة البطاقات البنكية الالكترونية.

---

[1]- الموقع الرسمي لبنك الجزائر على الانترنت، http://www.bank-of-algeria.dz/html/legist34.htm

[2]- المادة 2 من التعليمة 04/05. مرجع سابق.

[3]- المادة 09 من التعليمة 04/05، المرجع نفسه.

ج- تمييز بطاقة الدفع البيبنكية "CIB" عن غيرها من البطاقات

ذكر المشرع الجزائري من خلال المادة 543 مكرر 23 ذكر نوعين من البطاقات البنكية، هي بطاقة الدفع وبطاقة السحب، لكنه لم يشير أو لم يذكر نوع ثالث هام وأساسي من البطاقات البنكية وهو بطاق الائتمان، ذكرتها ونظمتها مختلف التشريعات العربية أو الغربية[1].

ولقد قسم النظام الأوروبي 751/2015[2]، المتعلق بعمولات التبادل لعمليات الدفع المرتبطة بالبطاقة، الصادر عن البرلمان الأوروبي، البطاقات البنكية إلى أربع فئات: بطاقات الائتمان، بطاقات الخصم، البطاقات التجارية والبطاقات مسبقة الدفع. وأوجب على مصدري البطاقات بكامل الاتحاد الأوروبي ضرورة إبراز فئة البطاقة التي تنتمي إليها على الوجه الأمامي للبطاقة. نعرف بإيجاز كل نوع من أنواع هذه البطاقات.

- بطاقة الائتمان: حسب النظام الأوروبي السابق الذكر، بطاقة الائتمان هي بطاقة الكترونية حيث تخصم المبالغ بطريقة مؤجلة من حساب الحامل، وذلك بفائدة أو بدون فائدة. وبالتالي فإن هذه الفئة من البطاقات تضم، إضافة إلى بطاقة الائتمان المعروفة، بطاقة الخصم المؤجل، حيث يتم خصم مبلغ السلع والخدمات من حساب الحامل مرة واحدة في الشهر وبدون فائدة[3].
- بطاقة الخصم: وتعرف على أنها بطاقة دفع، حيث يتم خصم المبالغ من حساب الحامل خلال مدة لا تتجاوز 48 ساعة من توقيت إجراء العملية. وهي ما يمكن تسميته ببطاقة الخصم الفوري، أو بطاقة الترخيص المطلق.
- البطاقة التجارية: وهي البطاقات التي تستعمل لغرض تسوية مصاريف مهنية، حيث يتم الخصم من حساب الشركة، مثل البطاقات المهنية أو بطاقات الشركات.
- البطاقة مسبقة الدفع: وتعرف على أنها البطاقة التي تسمح برصد أو بحمل مبلغ محدد من النقود، مثل بطاقات الهدايا أو البطاقات القابلة للشحن.

وبالعودة إلى بطاقة الدفع البيبنكية، نجد أن العمليات التي تقوم بها هذه البطاقة قد نصت عليها المادة الثانية من عقد الحامل، وهي:

---

[1]- مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق، الأوراق التجارية ووسائل الدفع الالكترونية الحديثة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، 2005، ص 352.

[2]- على الموقع: www.legifrance.gouv.fr

[3]- الفقرة 17 من ديباجة النظام الأوروبي 751/2015، السابق ذكره.

- سحب النقود من الموزعات الآلية للنقود [1](**DAB**) والشبابيك الآلية للبنوك [2](**GAB**) التابعة لمختلف الوكالات البنكية للبنوك المعتمدة في الجزائر والمنظمة لشبكة النقد الآلي بين البنوك [3](**RMI**) بما في ذلك الموزعات الآلية لبريد الجزائر.
- الدفع عن قرب لتخليص مستحقات السلع والخدمات، لدى التجار المعتمدين لدى البنوك والمنخرطين في شبكة النقد الآلي بين البنوك، والمزودين بأجهزة نهائيات الدفع الالكتروني[4](**TPE**).

كما تمت إضافة خدمة الدفع عن طريق الانترنت لتخليص مستحقات السلع والخدمات المقتنية عبر المواقع التجارية للشبكة، للشركات والتجار المعتمدين لدى شبكة **CIB**. غير أن هذه الخدمة غير واردة ضمن العقود النموذجية المنظمة لحقوق والتزامات مختلف الأطراف أثناء التعامل بهذه البطاقة، مما يطرح أشكال حول كيفية تسوية النزاعات الناتجة عن التعامل بهذه الطريقة.

الفرع الثاني

التحويل المصرفي الالكتروني والنقود الالكترونية

نتناول في هذا الفرع التحويل المصرفي الالكتروني أولا، والنقود الالكترونية ثانيا.

أولا–التحويل المصرفي الالكتروني

يعد التحويل المصرفي للنقود من أهم العمليات المصرفية التي تقوم بها البنوك، وذلك لما له من أثر كبير على حركة وتدفق الأموال بطريقة آمنة، بين الأفراد أو بين الشركات أو بين الأفراد والشركات، سواء كان هذا التحويل داخليا أو خارجيا. وما ينعكس ذلك على النشاط التجاري والمالي على الصعيد الداخلي للدول أو على الصعيد العالمي. ولقد كانت عمليات التحويل المصرفي هذه تقوم على المراسلات الورقية والكتابة الخطية، مما جعلها تتطلب وقتا مهما لإتمام العملية الواحدة. لكن مع التطور التكنولوجي الكبير لوسائل الإعلام والاتصال أخذت البنوك تستثمر في هذه الوسائل التقنية لتسهيل عمليات التحويل إلى أن وصلت إلى ما وصلت إليه من تقنيات جد متطورة وآمنة لطرق عديدة لتحويل الأموال الكترونيا وفي أقصر مدة زمنية ممكنة.

ونظرا للأهمية الكبيرة للتحويل المصرفي الالكتروني ضمن مختلف العمليات المصرفية الالكترونية، نحاول أن نخصه بشيء من التفصيل من خلال الحديث عن مفهوم التحويل المصرفي الالكتروني، والأنظمة المستعملة للقيام به، ومجمل الالتزامات الملقاة على مختلف أطرافه.

[1] - DAB : Distributeurs Automatique des billets.
[2] - GAB : Guichets Automatiques des Banques.
[3] - RMI : Réseau Monétique Interbancaire.
[4]- TPE : Terminaux de Paiement Electroniques.

أ- مفهوم التحويل المصرفي الالكتروني

قبل التطرق لتعريف التحويل المصرفي الالكتروني، نتناول تعريف التحويل المصرفي كعملية مصرفية أولا، ثم نعود بعد ذلك إلى تعريف التحويل المصرفي الالكتروني.

1- تعريف التحويل المصرفي

لم يعرف القانون الجزائري التحويل المصرفي، ولكن بينت المادة 543 مكرر19 من القانون التجاري عناصر الأمر بالتحويل التي هي: الأمر الذي يوجهه صاحب الحساب إلى ماسك الحساب (المصرف) لتحويل الأموال أو القيم أو السندات، بيان الحساب الذي يتم الخصم منه، بيان الحساب الذي يتم التحويل إليه واسم صاحبه، تاريخ التنفيذ، وتوقيع الآمر بالتحويل.

كما جاء في نص المادة 46 من القانون 18-04 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الالكترونية: "يتم كل تحويل للأموال عن طريق جميع وسائل الدفع الكتابية أو الالكترونية". فهذه الفقرة، وإن جاءت في قانون البريد، إلا أنها تبين اعتراف المشرع الجزائري بالتحويل "المصرفي الالكتروني" الذي يتم عن طريق وسائل الدفع الالكترونية إضافة إلى وسائل الدفع الكتابية.

2- تعريف التحويل المصرفي الالكتروني

لم يعرف المشرع الجزائري التحويل المصرفي الالكتروني، كما لم يعرف أيا من العمليات المصرفية الالكترونية الأخرى. هذا بخلاف كثير من القوانين المقارنة، ومنها المشرع الاردني الذي عرف التحويل الالكتروني للأموال على أنه: "نقل الأموال من المرسل إلى المستفيد بوسائل الكترونية من خلال نظام الدفع الالكتروني الذي يرخصه أو يعتمده البنك المركزي"[1].

إن هذا المفهوم للتحويل المصرفي الالكتروني يتضمن عنصرين، أحدهما ضرورة استخدام العميل للوسائل الإلكترونية الحديثة لإصدار أمر التحويل للبنك أو مقدم خدمات الدفع الالكتروني الذي يمكسك الحساب، وثانيهما أن تكون الغاية من التحويل هي إجراء حركة على هذا الحساب، بغض النظر عن مضمون هذه الحركة[2].

أما في الجانب الفقهي فقد ظهر هناك اتجاهان في تعريف التحويل المصرفي الإلكتروني، كما هو الحال في تعريف العمليات المصرفية الالكترونية عموما، اتجاه موسع لمفهوم التحويل المصرفي الالكتروني واتجاه مضيق لهذا المفهوم.

---

[1]- المادة 2 فقرة "أ" من النظام رقم 111 لسنة 2017 المتعلق بنظام الدفع والتحويل الالكتروني للأموال الصادر بمقتضى المادتين 21 و22 من قانون المعاملات الالكترونية رقم 15 لسنة 2015.

[2]- محمد حسين صالح طليان التحويل المصرفي الالكتروني دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2017، ص 31.

يذهب أنصار الاتجاه الموسع لمفهوم التحويل المصرفي الالكتروني إلى أنه نظرا لكونه عملية مصرفية تتم عموما من خلال عدة مراحل أو خطوات متتالية، فإنه يكون الكترونيا إذا جرت أية مرحلة أو خطوة منه بشكل الكتروني، حتى وإن لم يكن الأمر الصادر عن العميل للبنك بالقيام بالتحويل قد جرى بطريقة الالكترونية. فسواء صدر الأمر الكترونيا أم تم تنفيذ أية مرحلة منه الكترونيا، نكون أمام تحويل مصرفي الكتروني. والواقع أن هذا الاتجاه يوسع كثيرا من مفهوم التحويل المصرفي الالكتروني، فيجمع بين الذي يبدأ كتابيا وينتهي الكترونيا، وكذا الذي يبدأ الكترونيا وينتهي كتابيا، أي يشمل التحويل الالكتروني وشبه الالكتروني[1].

وحسب هذا المفهوم فإن كل أنواع التحويلات المصرفية التي تتم حاليا هي تحويلات الكترونية، لأنها تتضمن على الأقل ولو مرحلة واحدة تتم إلكترونيا. وهذ الرأي لا ندعمه لأنه لا يوافق المفهوم الذي اعتمدناه عند تعريف العمليات المصرفية الإلكترونية، والذي أخترناه نتيجة التطور التكنولوجي الكبير الحاصل في وسائل الاعلام والاتصال.

بينما يرى أنصار الاتجاه الضيق لمفهوم التحويل المصرفي الالكتروني، أن هذا التحويل لا يكون الكترونيا إلا إذا تمت مختلف مراحله وخطواته بطريقة الكترونية. ومن ثم فإن الأمر الموجه من طرف العميل للمصرف بالتحويل يجب أن يكون الكترونيا، وأن تنفيذ هذا الأمر من خلال قيد المبلغ في جهة المدين من حساب الآمر وقيد نفس المبلغ في حساب المستفيد من جهة الدائن يكون أيضا الكترونيا. أو بعبارة أخرى يكون التحويل المصرفي الكترونيا إذا كان الأمر بالتحويل الكترونيا وكذا تنفيذ كل عمليات التحويل أيضا الكترونيا[2].

ومقتضى التحويل المصرفي بهذا المفهوم أنه لا وجود للمستندات الورقية، وان كل المراحل والخطوات بما فيها القيد في الحسابين المصرفيين تكون بطريقة الكترونية. وهذا الرأي الذي نتبناه وهو الرأي الذي يدعم مفهوم العمليات المصرفية الالكترونية الحديثة التي ذكرناه سابقا. وهو الرأي الذي يتناسب مع التطور السريع لوائل الاعلام والاتصال والتطور الكبير الحاصل في مختلف الشبكات البنكية التي تتم عبرها عمليات التحويل المصرفي سواء داخليا أو خارجيا. فلا معنى أن ينتقل العميل إلى مقر المصرف ليقدم أمر التحويل كتابيا للمصرف، ومن ثم يقوم هذا الأخير بتنفيذ هذا الأمر الكترونيا. ففكرة العمليات المصرفية الالكترونية التي تبنيناها من البداية تقوم على القيام بالعمليات المصرفية عن بعد ومن غير حضور العميل أو الزبون للبنك لإجراء العملية.

[1]- خضير مخيف فارس الغانمي، النظام القانوني للتحويل الالكتروني للنقود، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2016، ص32.
[2]-حوالف عبد الصمد، مرجع سابق، ص 110.

3- خصائص التحويل المصرفي الالكتروني

أول ميزة يمكن أن يتميز بها التحويل المصرفي الالكتروني هي المرونة والتطور وسهولة الانتقال، فهذه خاصية مركبة في حقيقة الأمر، يتميز بها التحويل المصرفي الالكتروني عن التحويل المصرفي العادي. حيث أدى التطور الكبير لوسائل الاتصال إلى إمكانية تحويل المبالغ المالية من الأمر بالتحويل إلى المستفيد في نفس اللحظة تقريبا. كما أن من مميزات التحويل المصرفي الالكتروني أن هذه العملية يمكن القيام بها في أي وقت ومن أي مكان يكون فيه اتصال بالأنترنت عن طريق الأجهزة الالكترونية وخاصة الحاسوب أو الهاتف النقال.

الخاصية الثانية للتحويل المصرفي الالكتروني، أنه عابر للحدود. حيث يمكن تسوية مستحقات التجارة الالكترونية عن طريق التحويل المصرفي الالكتروني في أي دولة كانت البضاعة أو الخدمة المقدمة. وبهذا فإن المبلغ المالي يمكن أن يحول من الآمر بالتحويل إلى المستفيد في نفس اليوم، مهما كانت الدولة التي يوجد فيها حساب المستفيد، هذه السرعة لم يكن من الممكن تحقيقها بين الدول المختلفة من خلال التحويل المصرفي العادي.

ولقد يسر التحويل المصرفي الالكتروني عمليات تبادل صفقات تجارية عالمية تقدر بملايير الدولارات سنويا في كل أرجاء المعمورة. مما جعل هذه الوسيلة المصرفية أكثر قبولا من بين وسائل الدفع الالكترونية الأخرى لدى كثير من الدول. بل إن هذه الوسيلة أصبح وجودها ضروريا في أية دولة لتسيير معاملاتها وتسوية التزاماتها، وإلا وقعت في عزلة مالية وتجارية[1].

الخاصية الثالثة للتحويل المصرفي الالكتروني هي تمتعه بالأمان والحماية، لم يكن التحويل المصرفي الالكتروني ليصل إلى ما وصل اليه من نقل مبالغ مالية باهضه بين البنوك و المتعاملين التجاريين، لولا الثقة الكبيرة التي يوليها مختلف الأطراف في هذه الوسيلة الالكترونية، وخاصة من خلال الشبكات المغلقة بين البنوك.

ب- النظام القانوني للتحويل المصرفي الالكتروني

قبل الحديث عن التزامات مختلف الأطراف المتدخلة بموجب التحويل المصرفي الإلكتروني، يجدر بنا الإشارة إلى الطبيعة القانونية لهذا التحويل ومختلف النظريات التي قيلت فيه.

1- التكييف القانوني للتحويل المصرفي الالكتروني

لتحديد الطبيعة القانونية للتحويل المصرفي، كعملية مصرفية، ظهرت آراء كثيرة، بعضها مأخوذ من نظريات القانون المدني وبعضها مستمد من العرف المصرفي أو القانون التجاري. والسبب في هذا

[1]- محمد حسين صالح طليان، مرجع سابق، ص 54.

الاختلاف يرجع إلى الآثار التي يرتبها التحويل استنادا إلى العرف المصرفي. ومنها أن الصفة النقدية لأمر التحويل تقتضي أن تكون علاقة البنك بالمستفيد جديدة ومنفصلة عن أية علاقات سابقة محتملة. كما أنه حرصا على سلامة المعاملات أن تبرأ ذمة الآمر بالنقل نهائيا أمام المستفيد، وان تبرأ ذمة البنك كذلك من التزامه في مواجهة الآمر متى نفذت عملية التحويل[1].

وفي هذا ذهب رأي من الفقه إلى أن التحويل المصرفي الالكتروني يكيف على أنه حوالة حق، بينما كيفه رأي آخر على أنه إنابة كاملة. وكيفه رأي آخر على أنه عقد وكالة، كما كيفه البعض على أنه اشتراط لمصلحة الغير. غير أن الرأي الحديث في الفقه التجاري يرى أنه لا يمكن تكييف التحويل المصرفي الالكتروني بناء على نظريات القانون المدني، إنما هي عملية مصرفية بحتة تخضع لمقتضيات الفن المصرفي وتستمد أصولها من العرف المصرفي وتترتب نتائجها على أساسه[2]، وعلى هذا فهو لا يعدو أن يكون عملية حسابية، قوامها القيد المزدوج لمبلغ من النقود في حسابين.

ومن هنا يمكن القول أن التحويل المصرفي الالكتروني عقد غير مسمى ذي طبيعة خاصة، يستعصي على الخضوع لنظريات القانون المدني أو التجاري التقليدية، وهو يستمد أحكامه من بنود اتفاق أطرافه، أي البنك والعميل[3].غير أن في حالة تنظيمه من طرف المشرع تنظيما دقيقا يحدد حقوق والتزامات كل الأطراف، فإنه في هذه الحالة يصبح عقدا مسمى، سماه القانون ونظم أحكامه.

2- زمان ومكان انعقد التحويل المصرفي الالكتروني

إن تحديد زمان اجراء التحويل المصرفي الالكتروني له أهمية بالغة، ففي التوقيت الذي ينعقد فيه العقد يمتنع بحسب الأصل، على طرفيه التحلل منه. كما أنه ابتداء من هذه اللحظة تبدأ آثار التحويل في السريان، ومن هذا التوقيت يمكن معرفة أهلية الأطراف، وبالتالي مدى صحة العقد. كما أن معرفة توقيت انعقاد التحويل تبدو أهميتها في مدى إمكانية قيام دائني العميل الآمر بالتحويل بالطعن في هذا التصرف، لأن مبلغ التحويل أصبح حقا للمستفيد لا يمكن الرجوع فيه. وتبدو أهمية مكان انعقد عقد التحويل المصرفي الالكتروني في معرفة القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة بالفصل في النزاع المحتمل بين الطرفين. وهذا خاصة إذا علمنا أن عقد التحويل المصرفي الالكتروني ينعقد وينفذ عن بعد في فضاء افتراضي عن طريق وسائل الاتصالات الالكترونية.

بكل تأكيد لا يمكن اعمال مختلف نظريات القانون المدني المتعلقة بالتعبير عن الرضى على العمليات المصرفية الالكترونية ومنها التحويل المصرفي الالكتروني، ولهذا نجد كثيرا من التشريعات الحديثة التي نظمت التحويل المصرفي الالكتروني حددت بدقة زمان التعبير عن القبول أو انعقاد العقد،

[1]- علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 229.
[2]- خضير مخيف فارس الغانمي، مرجع سابق، ص 52
[3]- علاء الدين التميمي، التنظيم القانوني للبنك الالكتروني على شبكة الانترنت، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2012، ص 501.

أو الوقت الذي تكون فيه الأموال قد خرجت من ذمة الآمر بالتحويل ودخلت ذمة المستفيد من التحويل. ولهذا عرف دليل الأونسيترال بشأن التحويلات الالكترونية للأموال، تاريخ القيد لعملية التحويل المصرفي الإلكتروني على أنه: "تاريخ القيد في السجلات"[1]. كما عرف تاريخ الدفع على أنه: "التاريخ الذي تتاح فيه الأموال للمحول إليه دون قيود ليسحبها نقدا"[2]. وبهذا فإن هذه المواعيد تحدد بناء على اتفاق بين البنك والعميل، كما قد يحددها القانون وتصبح سارية على مختلف الأطراف. كما أن مدة تنفيذ التحويل انطلاقا من توقيت إعطاء الأمر بالتحويل، يجب تحديدها أيضا من خلال بنود العقد أو بموجب القانون، ويكون ذلك بمراعاة التطور التكنولوجي الحاصل ومدى توفر المصارف على الوسائل التقنية المطلوبة للتنفيذ الأمر بأقصى سرعة تماشيا مع الطبيعة الالكترونية للتحويل.

وعلى هذا نصت الفقرة الأولى من المادة **L133-9** من القانون النقدي و المالي الفرنسي[3]، تعتبر لحظة الاستلام هي لحظة استلام الأمر من طرف مقدم خدمات الدفع. وبمفهوم المخالفة ليست هي لحظة ارسال الأمر من طرف العميل طالب التحويل[4]. ومع هذا يمكن للعميل والبنك أو مقدم خدمات التحويل الالكتروني للأموال الاتفاق على توقيت آخر واعتباره لحظة استلام الأمر بالتحويل. هذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة السابقة من القانون الفرنسي. أي ان القانون يضع قواعد غير آمرة يمكن الاتفاق عليها ، بحسب ظروف و طبيعة التحويل والإمكانيات والوسائل التقنية المتوفرة. غير أن القانون الفرنسي[5] بين أنه في حالة استلام الأمر بالدفع أو التحويل في يوم عطلة بالنسبة لمقدم خدمات الدفع ، فإن تاريخ الاستلام سيصبح يوم العمل الموالي[6].

ويتم القيد المزدوج لقيمة المبلغ المالي المحول من طرف العميل في يوم العمل نفسه، مهما كان توقيت إرساله. وفي هذا التاريخ يتم خصم المبلغ من حساب الآمر بالتحويل كمدين و قيده في حساب المستفيد كدائن. هذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 33 من التنظيم أعلاه. غير أن المستفيد لا يمكن أن يعتبر مستحقا لهذا المبلغ، أي لا يمكنه سحبه مثلا، إلا في أجل أقصاه نهاية يوم العمل التالي، وهذا مالم يتفق البنك أو مقدم خدمات التحويل الالكتروني للأموال والعميل على خلاف ذلك [7].

---

[1]- الدليل القانوني للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بشأن التحويلات الالكترونية للأموال، نيويورك، 1987، ص 9. على الموقع: https://uncitral.un.org/ar

[2]- المرجع نفسه ص 10

- [3]- Code monétaire et financier français, disponible sur le site : https://www.banque-france.fr/
- [4]- Article 133-9-1 du C.M: Le moment de réception est le moment où l'ordre de paiement est reçu par le prestataire de services de paiement du payeur.

[5]- كما نص على ذلك أيضا نظام الدفع والتحويل الالكتروني للأموال الأردني في الفقرة "هـ" بقوله: " يعتبر أمر الدفع مستلما من مقدم خدمات الدفع في أول يوم عمل يلي إرساله، إذا كانت لحظة تسلمه ليست من ضمن أيام العمل لمقدم خدمات الدفع، أو في حالة استلامه بعد جلسة التبادل في ذلك اليوم".

[6]- Article 133-9-3 du CMF : Si le moment de réception n'est pas un jour ouvrable pour le prestataire de services de paiement du payeur, l'ordre de paiement est réputé avoir été reçu le jour ouvrable suivant.

[7]- الفقرة "ب" من المادة 33 من النظام الاردني رقم 111، مرجع سابق.

غير أن المشرع الفرنسي فصل في مواعيد القيد المزدوج في الحسابين، ولم يجعل لهما وقتا واحدا، بحسب كون الحسابين بنفس البنك أو ببنكين مختلفين، كما فصل بين تاريخ تحويل المبلغ من حساب الآمر بالتحويل إلى حساب بنك الآمر، وبين تاريخ قيده على حساب بنك المستفيد، ثم تاريخ قيده على حساب المستفيد من طرف بنك المستفيد[1].

لكن يجب التساؤل هنا عن حالة عدم تنفيذ أمر التحويل المصرفي الالكتروني لأي سبب ممن الأسباب؟ في هذه الحالة يجب إعلام العميل الآمر بالتحويل بعدم إمكانية القيام بعملية الدفع، كما يجب إعلامه بكل الأسباب التي حالت دون القيام بتنفيذ العملية[2]. وفي حالة عدم تنفيذ مقدم خدمات الدفع للأمر بالتحويل بشكل سليم وفي الوقت المحدد، وفقا للأسس التي بني عليها النظام الالكتروني لمقدم خدمات الدفع، ووفقا لما تم تحدده بمختلف بنود العقد أو وفقا لما يحدده القانون، في حال نص القانون على ذلك، تقوم مسؤولية مقدم خدمات الدفع في مواجهة العميل[3].

3- التزامات أطراف التحويل المصرفي الالكتروني

أول التزام يقع على عاتق مقدم خدمات التحويل المصرفي الالكتروني للأموال اتجاه العميل هو توفير النظام الالكتروني أو البرنامج الذي بموجبه يتمكن العميل من إعطاء الأمر بالتحويل الكترونيا. في ظل الطريقة التقليدية للتحويل المصرفي القائمة على الأوراق، لا يوجد هذا النوع من الالتزامات إنما يلتزم البنك بتوفير الورق المطبوع الذي يقوم العميل بملئه وإمضائه وتقديمه للبنك، والذي يعتبر بمثابة الأمر بالتحويل. ومن هنا فتوفير هذا النظام الالكتروني الخاص بالتحويل وإمكانية الدخول إليه واستعماله بسهولة كلها تعتبر التزامات لمقدم خدمات الدفع في مواجهة العميل. ويتبع هذا التزام البنك بإعلام العميل بطريقة استعمال البرنامج أو النظام، وطريقة استعمال وحماية وحفظ وسيلة الدفع المستعملة في التحويل.

كما يلتزم البنك أو مقدم خدمات التحويل المالي بطريقة الكترونية بتنفيذ الأمر بالتحويل المعطى له من طرف العميل وفقا لما جاء في العقد المبرم بين الطرفين، أو وفقا لما يحدده القانون، وذلك باحترام المواعيد والآجال بدقة، لأن عدم قيد المبلغ المالي في حساب المستفيد في الوقت المحدد من شأنه أن يسبب له ضررا بالغا ومن ثم الإضرار بالعميل صاحب الأمر بالتحويل. غير أن مسؤولية تنفيذ الأمر بالتحويل في الشروط المناسبة تبقى مشتركة مع مسؤولية بنك المستفيد، حيث يتولى القانون أو العقد بين البنكين تحديد هذه المسؤوليات بدقة.

كما يلتزم البنك بالتحقق من شخصية العميل الآمر بالتحويل وذلك من خلال الرقم السري أو رقم أداة التحويل أو الامضاء الالكتروني، أو غيرها من الاساليب التقنية التي يجب على البنك توفيرها للتأكد

---

[1]- المادتين L133-13 و L133-14 من القانون النقدي و المال، مرجع سابق.
[2]- الفقرة "ج" من المادة 33 من النظام الأردني 111، السابق ذكره.
[3]- القرة "أ" من المادة 35 من النظام الأردني 111، المرجع نفسه..

من هوية مصدر الأمر. وفي حالة عدم التأكد من وجود تفويض لدى العميل لإعطاء أمر التحويل، وقيام البنك بهذا التحويل الخاطئ فإنه يلتزم برد الأموال موضوع أمر الدفع بنوع العملية ذاتها إلى العميل وفقا للترتيبات التي يحددها القانون[1]. كما يلتزم البنك بالمحافظة على سرية البيانات الشخصية للعميل لا سيما التي تستعمل للدخول للحساب المصرفي وإعطاء الأمر بالدفع أو التحويل[2]. ومن جهة أخرى يلتزم البنك بوضع نظام خدمة على مدار الساعة يمكنه من طلب إيقاف وسيلة التحويل أو الدفع وذلك في حالة ضياعها أو تعرضها للسرقة[3].

في بعض الدول وفي بعض الحالات، يلزم القانون مقدم خدمات التحويل الالكتروني للأموال بالقيام بعمليات التحويل داخل نفس الدولة فقط وبالعملة الوطنية فقط، و يسمح بذلك استثناء بعد موافقة البنك المركزي.

من جهته يلتزم عميل البنك، بمناسبة القيام بالتحويل المصرفي الالكتروني بمجموعة من الالتزامات أهمها، الحفاظ على وسيلة التحويل الالكتروني وما يتبعها من كلمة المرور والبيانات الشخصية المتعلقة بها، واستخدامها وفقا للشروط الأمنية التي يحددها العقد المبرم بين الطرفين أو القانون. كما يلتزم العميل بالإبلاغ عن ضياعها أو سرقتها أو ضياع أو سرقة الرقم السري الخاص بها إلى مسير نظام خدمات الدفع فورا وذلك من أجل توقيفها أو وضعها في المعارضة. ولقد نصت على هذه الالتزامات معظم القوانين التي نظمت التحويل المصرفي الالكتروني بصفة خاصة، أو تلك التي نظمت وسائل الدفع الالكتروني بصفة عامة. وفي الحالات التي لم يتم تنظيمها بموجب القانون، يتم النص عليها في العقد المبرم بين العميل والبنك، بمناسبة حمل واستعمال أداة الدفع الالكترونية[4].

كما يلتزم العميل بإعطاء أمر التحويل الالكتروني للأموال للبنك بطريقة صحيحة، ومن ثم إدخال كلمة المرور صحيحة وكذا رقم حسابه ورقم حساب المستفيد والمبلغ المراد تحويله وكذا كل البيانات اللازمة لتمام عملية التحويل بطريقة صحيحة. كما يلتزم العميل أيضا بسداد كافة الرسوم والعمولات والمصاريف الخاصة بأداة الدفع التي يقوم بموجبها بالتحويل المصرفي الالكتروني. وعادة ما يقوم البنك بتحصيل هذه المبالغ مباشرة من حساب العميل لدى البنك، لكن في هذه الحالة يلتزم العميل بقبول تلك الاقتطاعات أو الرسوم وعدم منازعة البنك فيها[5].

من جهة أخرى يجب على العميل الاطلاع على مختلف الإرسالات والإشعارات والمراسلات المرسلة الكترونيا من البنك إلى العميل دوريا أو بمناسبة كل عملية تحويل مصرفي، ويلتزم أيضا بحفظ

---

[1]- الفقرة "ج" ب" من المادة 35 من النظام الأردني رقم 111، السابق ذكره.
[2]- الفقرة "ب" من المادة 35 من النظام الأردني رقم 111، مرجع أعلاه.
[3]- selon l’article L133-15 du CMF. Op cit.
[4]- ومن ذلك عقد حامل بطاقة CIB وكذا العقد النموذجي لحامل بطاقة فيزا الدولية، و كذا عقد بطاقة الدفع الالكتروني الذهبية لبريد الجزائر.
[5]- علاء التميمي، مرجع سابق، ص 515.

هذه الإشعارات والتبليغات، حيث يمكن أن يستعملها كأدلة إثبات في حالة نشوء نزاع بمناسبة تنفيذ عملية تحويل مبلغ مالي معين. كما يلتزم العميل بالاطلاع على رصيده قبل الأمر بعملية التحويل وأن الرصيد كاف لعملية التحويل المزمع الأمر بها، خاصة عندما يكون حساب العميل هو حساب دفع، وليس حساب ائتمان، حيث يتوجب عليه توفير المبلغ الكافي المراد تحويله إضافة إلى الرسوم اللازمة لإتمام العملية.

ثانيا- النقود الالكترونية

تحتكر كل الدول، لأسباب سياسية واقتصادية ومالية، عملية إصدار العملة، وتسند هذه المهمة إلى مؤسسات حكومية تسمى في كثير من الأحيان البنوك المركزية[1]. غير أنه بظهور النقود الالكترونية سمحت الدول لبعض الهيئات العامة والخاصة بإصدار هذه النقود الالكترونية. حيث أصبحت هذه الأخيرة على غرار العملة المادية، وسيلة من وسائل الدفع المستعملة في مختلف العمليات المصرفية لتسوية كل المعاملات التجارية، بل أصبحت هي وسيلة الدفع الأساسية في التجارة الالكترونية.

لم يعترف المشرع الجزائري بالنقود الالكترونية ولم ينص عليها ولم يتم تنظيمها في القانون التجاري ولا في قانون النقد والقرض ولا قانون التجارة الإلكترونية ولم يفرد لها قانون خاص، على غرار كثير من القوانين المقارنة.

وفي هذا الإطار أصدر البرلمان الأوروبي التوجيه رقم 110/2009 المتعلق بالدخول إلى نشاط مؤسسات النقود الالكترونية والرقابة الوقائية لهذه المؤسسات[2]. والذي يهدف إلى تحديد قواعد ممارسة نشاط إصدار النقود الالكترونية، والشروط المطبقة على المؤسسات التي تقوم بمهمة الإصدار والرقابة عليها[3].

وعلى هذا سنتناول النقود الالكترونية كوسيلة دفع الكترونية حديثة منتشرة في كثير من دول العالم، من خلال الفقه والقانون المقارن. ومن هنا نتناول مفهوم النقود الالكترونية، ثم الطبيعة القانونية للنقود الالكترونية.

أ- مفهوم النقود الالكترونية

تقدم النقود الالكترونية بدون شك عناصر جديدة من خلال مقارنتها مع مختلف وسائل الدفع الحالية، ويمكن ملاحظة مرحلة لاحقة لإزالة الطابع المادي لوسائل الدفع الالكترونية الجديدة.

---

[1]- تنص المادة 02 من قانون النقد و القرض على: "يعود للدولة امتياز إصدار العملة النقدية عبر التراب الوطني. ويفوض ممارسة هذا الامتياز البنك المركزي دون سواه".

[2]- Directive 2009/110/CE du parlement européenne et du conseil, du 16 septembre 2009, concernant l'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique et son exercice ainsi que la surveillance prudentielle de ces établissements, modifiant les directives 2005/60CE et 2006/48/CE et abrogeant la directive 2000/46/CE. JO L 267/7 du 10.10.2009.

[3]- selon l'article 1 du directive 2009/110/CE, Op cit.

لكن لا يجب النظر إلى أن العملة نفسها أصبحت غير مادية، لأنها كانت غير مادية منذ القدم ومازالت كذلك[1].

نتناول الحديث عن مفهوم النقود الالكترونية من خلال الحديث عن تعريفها وخصائصها وأنواعها وتمييزها عن غيرها.

1- تعريف النقود الالكترونية

تستخدم مصطلحات كثيرة للتعبير عن مفهوم النقود الالكترونية منها، العملة الرقمية، والعملة الالكترونية والنقود الالكترونية ونقود الانترنت وغيرها، وكلها تشير إلى مفهوم واحد هو النقود الالكترونية، هذا المصطلح الذي سنستعمله في هذه الدراسة[2].

وكما تعددت تسميات أو مصطلحات النقود الالكترونية، تعددت أيضا تعاريفها. ولقد وجدنا لها العشرات من التعريفات، بين تعريف موسع وتعريف ضيق، وبين من يركز على الجانب القانوني ومن يركز على الجانب الاقتصادي أو المصرفي الائتماني وبين من يركز على الشكل أو الخصائص التقنية وبين من يركز على الموضوع أو الوظيفة وبين من يركز على كيفية استخدامها أو تحويلها أو تخزينها، كما حاول بعضم تعريفها تعريفا تدريجيا[3].

عرف التوجيه الأوروبي 110/2009 في المادة الثانية فقرة 02 النقود الالكترونية على أنها: "قيمة نقدية مخزنة على شكل الكتروني، أو مغناطيسي تمثل دينا على المصدر، وتصدر بمقابل دفع الأموال من أجل عمليات الدفع، وتكون مقبولة من طرف الشخص الطبيعي أو المعنوي من غير المصدر"[4]. وهو نفس التعريف الوارد بالقانون النقدي والمالي الفرنسي في المادة **L. 315-1**. غير أن هذا الأخير أضاف للتعريف السابق تعريفا لوحدات النقود الالكترونية التي سماها "وحدات القيمة" « unités de valeur » والتي تمثل كل واحدة منها دينا مدمجا في سند[5]. وهذا التعريف هو نفس التعريف الوارد بالمادة الأولى من التوجيه 64/2000 الملغى، مع تغيير عبارة "مخزنة على دعامة

---

[1]- Nadia Piffaretti, Monnaie électronique, monnaie et intermédiation bancaire, Thèse de Doctorat en sciences économiques et sociales, Université de Fribourg, Suisse, Année 2000, p15.

[2]- حواف بعد الصمد، مرجع سابق، ص 175. علاء التميمي مرجع سابق، ص 404.

[3]- للتفصيل أكثر أنظر، علاء التميمي مرجع سابق، ص 406، محمد جسين صالح طليان، مرجع سابق، ص 36. خضير مخيف فارس الغاني، مرجع سابق، ص 68. نور عقيل طاهر عبود الرحيمي، النظام القانوني لمحفظة النقود الالكترونية، دار الفكر و القانوني، المنصورة، سنة 2015، ص 18. ذكري عبد الرزاق محمد خليفة النظام القانوني للبنوك الالكترونية، المزايا، التحديات الآفاق، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017، ص 66. أحد لبيب السيد ابراهيم، الدفع بالنقود الالكترونية الماهية و التنظيم القانوني، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، سنة 2009، ص 34.

[4]- Monnaie électronique: une valeur monétaire qui est stockée sous une forme électronique, y compris magnétique, représentant une créance sur l'émetteur, qui est émise contre la remise de fonds aux fins d'opérations de paiement telles que définies à l'article 4, point 5), de la directive 2007/64/CE et qui est acceptée par une personne physique ou morale autre que l'émetteur de monnaie électronique.

[5]- Article L315-2-II : Les unités de monnaie électronique sont dites unités de valeur, chacune constituant une créance incorporée dans un titre.

الكترونية" بعبارة "مخزنة على شكل الكتروني". وهذا بعد الانتقادات الكثيرة التي وجهت للتعريف السابق، على اعتبار أنه يحصر النقود الالكترونية في شكل واحد من أشكالها وهي المخزنة على دعامة الكترونية في شكل حافظة نقود الكترونية لدى الحامل. ومنه فالتعريف الجديد يفتح المجال لإدماج كل أشكال النقود الالكترونية، ومنها النقود الالكترونية المخزنة عن بعد في خادم مصدر النقود، « la monnaie électronique stockée à distance sur des serveurs de l'émetteur »[1]

وبهذا فحامل النقود الإلكترونية قد يكون ماديا كما قد يكون غير مادي. وهذا ما تم تأكيد فيما بعد بصدور التوجيه الاوروبي[2] 713/2019 الحديث و الذي عرف وسائل الدفع على أنها قد تكون مادية وقد تكون غير مادية[3].

ولقد عرف التوجيه الأوروبي[4] 64/2007 الملغى "الأموال" التي يجب أن تدفع مقابل الحصول على النقود الالكترونية على أنها، الأوراق النقدية، القطع النقدية، والنقود الكتابية[5].

من جهته القانون العربي الإسترشادي للمعاملات والتجارة الالكترونية عرف النقود الالكترونية على أنها: "وحدات نقد الكتروني يمكن حفظها الكترونيا لمدة محدد وتصدر مقابل نقد يتم مبادلته فورا، بنفس القيمة ونفس العملة وتتيح للغير دون المصدر إتمام عملية الدفع"[6].

ما يجب ملاحظته على هذا التعريف هو عبارة "يمكن حفظها لمدة محددة" ومنه يمكن التساؤل لماذا أوردها هذا التعريف، وما المقصود منها؟ كما نشير إلى عبارة "مقابل نقد يتم مبادلته فورا"، وهو نفسه ما نصت عليه المادةL315-2 من القانون النقدي والمالي الفرنسي.

ومن التعريفات الفقهية الموسعة للنقود الالكترونية أنها: "النقود التي يتم تداولها بطريقة الكترونية". وعرفها البعض أنها: "طريقة الكترونية للدفع عبر شبكة الانترنت". وعرفها البعض على انها "شكل من أشكال النقود يتم تخزينه ونقله عبر نظم الحاسب الآلي وشبكات الأنترنت"[7]. بينما يرى البعض أيضا "أن النقود الالكترونية تشمل كل أنظمة الدفع الالكترونية"[8]. كما عرفتها بعض الشركات التجارية على أنها:

[1]- PIERRE STORRER, Droit de la monnaie électronique, édition Revue-banque, Paris, 2014, p37.
[2] - Directive (UE) 2019/713, du parlement européenne et du conseil, du 17 avril 2019, concernant la lutte contre la fraude et la contrefaçon des moyens de paiement autres que les espèces, et remplaçant la décision cadre 2001/413/JAI du conseil, disponible sur le site : https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR

[3]- selon l'Article 2-2 du directive 2019/713/CE. Op cit.
[4] - La directive européenne 2007/64/CE du 13 novembre 2007, concernant les services de paiement dans le marché intérieur. Disponible sur le site : https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR
[5]- Selon l'article 4-15 du directive 2007/64/CE, op cit.
[6]- المادة 01 فقرة 15 من القانون العربي الإسترشادي للمعاملات والتجارة الالكترونية، مرجع سابق.
[7]- نقلا عن أحمد السيد لبيب ابراهيم، مرجع سابق، ص 37.
[8]- نقلا عن حواف عبد الصمد، مرجع ساق، ص 176.

"مجموعة من البروتوكولات والتواقيع الرقمية التي تتيح للرسالة الالكترونية أن تحل فعليا محل تبادل العملات التقليدية"[1].

ما يجمع كل هذه التعاريف أنها تعاريف عامة وموسعة ولا تمنع من دخول وسائل وأدوات أخرى من غير النقود الالكترونية، حسب هذا المفهوم. ومنه فحسب هذه التعاريف لا يمكن التفرقة بين الانقود الالكترونية والبطاقات البنكية الالكترونية والتحويل الالكتروني للأموال.

ومن التعاريف الفقهية الضيقة القريبة من التعاريف التشريعية السابقة للنقود الالكترونية، أنها: "قيمة نقدية مدفوعة مقدما، مخزنة على وسيط الكتروني في حيازة المستهلك، تمثل التزاما على مصدرها، وتحظى بقبول واسع من غير من قام بإصدارها، وتكون متاحة للتبادل الفوري لعمل مدفوعات محددة القيمة، دون ضرورة إدخال حسابات مصرفية لإتمام عملية الدفع، ويحق لحائزها استرداد ما دفع مقابلا لها عند الطلب"[2].

يلاحظ على هذا التعريف أيضا أنه قصر النقود الالكترونية على التخزين على وسيط مادي الكتروني. ومن ثم فنرى أن التعريف الذي أورده التوجيه الأوروبي الأخير (DME2)هو أدق تعريف لأنه استفاد من الانتقادات التي وجهت للتعريف الأول الوارد بالتوجيه الأول (DME1).

ما يمكن استنتاجه من التعاريف التشريعية السابقة هو:

- النقود الالكترونية هي قيمة نقدية تصدر مقابل تقديم الاموال، هذه هي نقطة البداية ، أي الدفع المسبق.
- هي قيمة مصدرة من أجل عمليات الدفع، وهذه هي الوظيفة والوجهة الأساسية للنقود الالكترونية.
- يتم تخزينها على شكل الكتروني، بغض النظر عن الحامل مادي أو غير مادي.
- قيمتها تمثل دينا على المصدر، كل وحدة من "وحدات القيمة" هي دين مدمج في سند، أي حامل النقود الالكترونية يحمل سند دين.
- وأخيرا، القيمة النقدية يجب أن تكون مقبولة من طرف الغير من غير المصدر، فكرة النقود الالكترونية أنها تكون مقبولة من الغير، أي غير الطرفين المصدر والحامل.

أما الفقه فقد عرفها بتعريفات كثيرة ومختلفة، كما ذكرنا سابقا، بحسب الجهة التي ينظر

2- تمييز النقود الإلكترونية عن بعض وسائل الدفع الالكترونية الأخرى

نمير بين النقود الالكترونية والبطاقات مسبقة الدفع، وبينها وبين البطاقة البنكية الالكترونية، ثم بين القود الالكترونية والعملة الافتراضية.

---

[1] - أحمد بوراس والسعيد بريكة، مرجع سابق، ص 299.

[2] - أحمد السيد لبيب ابراهيم، مرجع سابق، ص 52.

– التمييز بين النقود الالكترونية والبطاقات مسبقة الدفع

البطاقات مسبقة الدفع هي البطاقات التي تستعمل خصيصا للقيام بشراء منتجات أو خدمات محددة. مثل البطاقات المسبقة الدفع للهاتف، وبطاقات مسبقة الدفع للإطعام وبطاقات البنزين أو بطاقات النقل وغيرها. فهذه البطاقات مقبولة في خدمات محددة وفقط من طرف مصدرها، وليست مقبولة من طرف الغير. وبهذا فهي حسب التعاريف السابقة ليست من النقود الالكترونية. وعليه فليست كل بطاقة مسبة الدفع هي نقود الكترونية. لكن كل نقود الكترونية يجب أن تكون مسبقة الدفع. ومنه فالدفع المسبق شرط لازم لكن غير كافي لاعتبارها نقودا الكترونية.

ولأن النقود الالكترونية المحصل عليها بمقابل دفع الأموال لدى المصدر، موجهة للدفع، والدفع هنا بمعنى صب الأموال أو تحويلها أو سحبها دون قيد أو شرط. كما تنص على ذلك المادةL133-3 من القانون النقدي و المالي، « une opération de paiement est une action consiste à verser, transférer ou retirer des fonds, indépendamment de toute obligations sous-jacente entre le payeur et le bénéficiaire ».

ومنه يمكن القول أن البطاقات الالكترونية مسبقة الدفع تكون من قبيل النقود الالكترونية بشرط أن تكون بطاقات الدفع هذه وفق مفهوم الدفع الموضح أعلاه. لأن البطاقات المسبقة الدفع للهاتف والنقل والبنزين وغيرها ليست بطاقات دفع وإنما بطاقات للهاتف أو النزين أو النقل[1]. ومنه يمكن القول أن كل بطاقة مسبقة الدفع هي نقود الكترونية إذا كانت موجه للدفع.

– التمييز بين النقود الالكترونية والبطاقات الالكترونية البنكية

الفرق الأساسي بين النقود الالكترونية والبطاقات البنكية الالكترونية، سواء بطاقات الائتمان أو بطاقات الدفع والسحب، هو عدم وجود حساب بنكي في الأولى ووجوده في الثانية. حيث ترتبط البطاقات البنكية للائتمان بحساب ائتمان، بينما ترتبط بطاقات الدفع والسحب بحساب دفع. وفي حالة الدفع بالبطاقة البنكية الالكترونية فإن العملية لا تتم إلا بعد تسجيل مبلغ النقود في حساب الدافع في جهة المدين، وتسجيل نفس المبلغ في حساب المستفيد أو التاجر في جهة الدائن، أي هي نقود قيدية تسجل في الحاسبين في نفس الوقت. بينما في حالة محفظة النقود الالكترونية الدفع يكون بمجرد تحويل البيتات أو "وحدات القيمة" من محفظة النقود الالكترونية للدافع إلى محفظة النقود الالكترونية للمستفيد، ولا تمر أبدا بالحساب البنكي، ولا تشترط قيدا أو تسجيلا[2].

---

[1] - PIERRE STORRER, op cit, p 47.
[2]- Ibid, p 54.

وعليه فالفرق بين النقود القيدية والنقود الالكترونية، أن الأولى تتطلب حساب إيداع أو ائتمان أو حساب دفع، أما الثانية فلا تتطلب حسابا بنكيا[1].

– التمييز بين النقود الالكترونية والنقود الافتراضية

عرف التوجيه الأوروبي 713/2019 المتضمن مكافحة الغش والتزوير لوسائل الدفع من غير النقود، السابق ذكره، العملة الافتراضية على أنها: "تمثيل رقمي لقيمة، غير صادرة ولا مضمونة من طرف بنك مركزي أو سلطة عمومية، ومن غير أن تكون مرتبطة بعملة قانونية، وليس لها مركز قانوني كعملة أو نقود، لكنها مقبولة كوسيلة تبادل من طرف أشخاص طبيعيين أو معنويين، ويمكن أن يتم تحويلها أو تخزينها أو نقلها بطريق الكتروني"[2].

بالمقارنة بين هذا التعريف والتعريف السابق للتوجيه الأوروبي الخاص بالنقود الالكترونية، يتضح أن كلا من النقود الالكترونية والنقود الافتراضية هي عملة الكترونية غير مادية، أي يمكن تخزينها أو تحويلها أو نقلها على وسائط الكترونية. وأن كلا منهما يمكن اعتبارها وسيلة من وسائل الدفع. كما أن كلا منهما يمكن أن تكون مقبولة من طرف أشخاص طبيعيين أو معنويين. كما أن كلا منهما جاء نتيجة التطور العلمي والتكنولوجي الحاصل خاصة في ميدان تكنولوجيا الإعلام والاتصال.

غير أن النقود الالكترونية تم الاعتراف بها وتنظيمها من طرف كثير من دول العالم، خاصة المتطورة منها، وصدرت لذلك القوانين والتنظيمات وعدلت مرات كثيرة من أجل تنظيم هذا الوافد الجديد إلى مجموعة وسائل الدفع الالكترونية. أما النقود الافتراضية فإن معظم إن لم نقل أن كل دول العالم لم تعترف بها ولم تنظمها. وذلك لأن طبيعتها وفكرة وجودها أنها عصية عن كل ضبط كما أنها لا تخضع لأية سلطة نقدية أو مالية، ولا يضبطها أي قانون أو تنظيم. وفي هذا يقول أحد مؤسسي العملة الافتراضية "البيتكوين": "نحن نرى أن البيتكوين وسيلة لفصل العملة عن الدولة"[3].

من جهة أخرى، فإن النقود الالكترونية تصدر عن البنوك أو مؤسسات الائتمان أو مؤسسات مالية خاصة أنشأها القانون لهذه الغاية، وحدد نظامها القانوني وشروط الحصول على الاعتماد وشروط

---

[1]- لكن مع هذا يبقى هناك فارق كبير بين الحساب البنكي الذي تعمل عليه البطاقة البنكية الالكترونية، والحاسب الخاص الذي قد تخزن فيه النقود الالكترونية لدى المصدر. لكن مع هذا فإن الفرق بينهما سيصبح يسيرا ومن ثم فالتمييز بينهما سيصبح عسيرا عندما يتم إعطاء أمر التحويل في النقود الالكترونية بواسطة الهاتف المحمول. وهذا لأن الاعتبار رقم 08 من التوجيه الأوروبي 110/2009السابق الذكر، أكد على أن تعريف النقود الالكترونية يجب أن يتضمن النقود الالكترونية المخزنة على حامل عبارة عن وسيلة دفع في حيازة الحامل (محفظة النقود الالكترونية) والنقود المخزنة عن بعد على خادم (حاسوب) وتسير من طرف الحامل، بواسطة حساب خصوصي للنقود الالكترونية.

[2]- Article 2-d) : Monnaie virtuelle : une représentation numérique de valeur qui n'est ni émise ou garantie par une banque centrale ou une autorité publique, ni nécessairement attachée à une monnaie établie légalement et qui ne possède pas le statut juridique d'une monnaie ou d'argent, mais qui est acceptée comme moyen d'échange par des personnes physiques ou morales et peut être transférée, stockée et échangée par voie électronique.

[3]- Amaury Perrin, **« le Bitcoin et le droit: problématique de qualification, enjeux de régulation »,** GFP N° 1-2019, CAIN.INFO, p 85.

ممارسة النشاط وأخضعها لرقابة الدولة، وحدد حقوقها كما حدد الالتزامات الملقاة عليها[1]. بينما النقود أو العملة الافتراضية لا تصدر عن أي بنك أو مؤسسة مالية رسمية، وغير مضمونة من أية سلطة عمومية. إنما يتم تداولها بطريقة "سلسلة الكتلة" أي *"blockchaine"* باللغة الانجليزية، وهو نظام عبور الكتروني، يعتمد على تقنية تخزين ونقل بدون أي جهاز تحكم مركزي. حيث تعمل الشبكة بطريقة الند للند، أو بعبارة أخرى من جهاز حاسوب مربوط بالشبكة إلى جهاز حاسوب آخر مربوط هو الآخر بالشبكة، دون المرور على خادم مركزي[2].

كما أن النقود الافتراضية ليس لها أي مركز قانوني وغير معترف بها كعملة من طرف معظم الدول، بخلاف النقود الالكترونية، وإن كان هناك خلاف في مدى اعتبارها نوعا جديدا من النقود مثل النقود الائتمانية أو النقود الكتابية. فالدول التي اعترفت بالنقود الالكترونية قامت بتنظيمها وتنظيم حقوق والتزامات المتعاملين بها، وخاصة الحاملين الذين عملت كثير من القوانين الأوربية على توفير حماية كبيرة لهم كمستهلكين في القطاع المصرفي والمالي.

من جهة أخرى، تصدر النقود الالكترونية مقابل الأموال المدفوعة للمصدر، والتي تمثل دينا على عليه ويمكن ردها أو إرجاعها مقابل الحصول على النقود العادية في أي وقت بناء على عقد مع المصدر. بينما النقود الافتراضية يتم بيعها وشراؤها في سوق افتراضية مقابل العملة التقليدية[3].

ورغم أن النقود الافتراضية لا تتمتع بأية قيمة قانونية إلى أنها في انتشار مستمر منذ أول ظهور لها سنة 2009، رغم المخاطر الكثيرة التي تحيط بها. هذا ما أدى بكثير من الفقه إلى الدعوة إلى ضرورة تنظيمها من طرف الدول[4].

ب– الطبيعة القانونية للنقود الالكترونية

كما يقول البعض الفقه: "أن النقود هي وسيلة دفع، لكن ليست كل وسائل الدفع هي نقود"[5]. وللحديث عن الطبيعة القانونية للنقود الالكترونية نتناول الحديث عن مدى اعتبار النقود الإلكترونية شكلا جديدا من أشكال النقود، ثم نتناول الهيئات المكلفة بإصدار هذه النقود.

---

[1]- من ذلك القانون النقدي و المالي الفرنسي الذي نظم إصدار النقود الالكترونية في الفصل الخامس من العنوان الثاني من الكتاب الخامس، الذي نظم إصدار و توزيع النقود الالكترونية، كما حدد النظام القانوني لمؤسسات الإصدار وشروط ممارسة المهنة والحصول على الاعتماد في المواد من L525-1 إلى L526.20.

[2]- Amaury Perrin, op cit, p 84

[3]- L'émergence du bitcoin et autres crypto-actifs : enjeux, risques et perspectives, banque de France. *focus*. N° 16, du 05 mars 2018. sur cite: *https://publications.banquefrance.fr/lemergence-du-bitcoin-et-autres-crypto-actifsenjeux-risques-et-perspectives.*

[4]- وذلك لأسباب كثيره، منها: أن النقود الافتراضية وسيلة مفضلة لتبييض الأموال وتمويل الإرهاب. وللحد من مخاطرها على المستثمرين فيها، وللحفاظ على السوق المالية وحمايتها من مخاطر الانترنت. كما أنها أصبحت تشكل خطرا على النظام العام. وهذا ما جعل البنك الفرنسي يدعو إلى توسيع تأطير تقديم الخدمات المتعلقة بالنقود الافتراضية، بما يضمن تنظيم الخدمات المقدمة من خلال هذه النقود الافتراضية، وتأطير الاستثمارات في هذا الميدان.

[5] - Serge LANSKOY, « **la nature juridique de la monnaie électronique** », bulletin de la banque de France-N° 70-octobre 1999, p 46.

1- مدى اعتبار النقود الالكترونية شكلا جديدا من أشكال النقود

انقسم الفقه حول مدى اعتبار النقود الالكترونية نوعا جديدا من أنواع النقود إلى اتجاهين[1]:

الاتجاه الأول يرى أن النقود الالكترونية احدى أشكال النقود التقليدية، ويذهب أنصار هذا الاتجاه إلى عدم استقلالية النقود الالكترونية عن أشكال النقود الاخرى، ويحاولون ردها إلى أنها نوع من أنواع النقود المصرفية، وأنها لا تنفرد بطبيعة خاصة ولا تخرج عن كونها شكلا من اشكال النقود المصرفية القيدية، مخزنة على دعامة الكترونية ولا تتطلب معالجة منفصلة[2]. وهذا ما أكده التقرير الصادر عن البنك المركزي الأوروبي حين أشار إلى التشابه بين الودائع تحت الطلب والقيم المحملة على البطاقات المدفوعة مسبقا، حيث أنه في كلتا الحالتين يودع العميل جزءا من ممتلكاته لدى مؤسسة الاصدار. ولهذا تدخل النقود الالكترونية في معظم الحالات في منافسة مع النقود القيدية التقليدية.

غير أن بعض الفقه يقول أنه إذا سلمنا بحداثة وجدة طريقة التسجيل التي تتم بها النقود الالكترونية، فلا نسلم بكون النقود الالكترونية مجرد صورة مبتكرة لتلك القيود القيدية، وذلك لاختلاف مضمون القيد في الحاتين، ففي حالة الدفع بالنقود المصرفية يشكل القيد عملية الدفع ذاتها، ومن ثم لا تبرأ ذمة المدين إلا بالقيد المزدوج في حساب الدائن والمدين على مستوى البنك. وهذا بخلاف النقود الالكترونية حيث تتم عملية الدفع بتحويل الوحدات الالكترونية من محفظة النقود الالكترونية للمدين إلى محفظة الدائن، وهنا يعتبر الدفع قد تم و تبرأ ذمة المدين.

غير أن المكلف بالدراسات في النقود الالكترونية بالبنك الفرنسي "سارج لانسكوي" Serge » « LANSKOY يقول: "لاحظنا تقليديا ثلاث محطات لتطور النقود: النقود المعدنية، الذهب أو الفضة، النقود الائتمانية والنقود القيدية. وبناء على هذا التمييز يجب التساؤل عما إذا كان هذا النوع الجديد من وسائل الدفع، والذي هو النقود الالكترونية، يمثل شكلا قانونيا جديدا من النقود، أم أنه لا يعدو إلا أن يكون شكلا جديدا من النقود القيدية المصرفية؟". وكانت إجابته بأن "النقود الالكترونية لا تمثل شكلا جديدا من النقود القانونية....مع اعتبار أن نظام الدفع بالنقود الالكترونية يشكل جيلا جديدا من وسائل الدفع"[3].

أمال الاتجاه الثاني فيرى أن النقود الالكترونية شكلا جديدا من أشكال النقود، ويرى انصار هذا الاتجاه أن النقود الالكترونية تعد نقودا فعلية تستقل بطبيعة خاصة، ولا يمكن ردها إلى أي من الاشكال التقليدية للنقود، لأن التغيير في طريقة الدفع بهذه النقود ونقلها من جهة إلى أخرى يعكس فعليا تغييرا في

[1]- لتفصيل أكثر، أنظر أحمد السيد ابراهيم لبيب، مرجع سابق، ص 105. حواف عبد الصمد، مرجع سابق، ص 206.
[2]- أحمد السيد ابراهيم لبيب، مرجع سابق، ص 106
[3]- PIERRE STORRER, op cit, p24.

طبيعة النقود. فالنقود لم تعد شيئا، إنما تشكل نظاما يتمثل في شبكة مؤلفة من مئات الآلاف من أجهزة الحاسب الآلي التي تتصل ببعضها اتصالا وثيقا وتعمل كمخزون للقيمة[1].

وعليه فالنقود الالكترونية تعد شكلا جديدا من أشكال النقود لا يرتكز أساسا على المعدن أو الورق، إنما يرتكز على تكنولوجيا الاعلام والاتصال والرياضيات ومختلف العلوم. ولهذا فهي تشكل انتصارا ليس فقط على المفهوم المادي للنقود، بل أيضا على المفهوم القيدي لها أيضا. وفي هذا يقول M. Gautier Blanluet "و بالجملة، يمكن التأكيد على أن النقود الالكترونية تمثل تشكيلا جديدا للنقود، وقيمة نقدية جديدة".

كما يرى أصحاب هذا الرأي أن هذه الترسانة الكبيرة من النصوص الأوروبية[2] التي تنظم اصدار واستعمال النقود الالكترونية، تضع كلا من الأوراق والقطع النقدية، والنقود المصرفية والنقود الالكترونية في مجموع "الأموال". فإذا كانت النقود الالكترونية ليست نقودا بالمعنى القانوني أو حتى الاقتصادي، فهي بكل تأكيد نقود بمفهوم قانون الدفع، وهذا يكفي[3]. ولهذا رافع بعض ممثلي الجمعية الفرنسية للبنوك ومؤسسات الائتمان (AFECEI)على ضرورة اعتبار النقود الالكترونية نوعا جديدا من النقود منذ سنة 1999 وقالوا: "النقود الإلكترونية هي نقود قبل أن تكون الكترونية، حامل النقود لا يغيرا شيئا من طبيعتها. وإصدار النقود الالكترونية يجب أن يعطى للبنوك"[4].

2- مدى اعتبار إصدار النقود الالكترونية عملية مصرفية

في هذا الإطار ظهر هنا اتجاهان مختلفان، الأول يرى أن اصدار النقود الالكترونية لا يمكن اعتباره عملية مصرفية، بينما يرى الاتجاه الثاني، أن عملية إصدار النقود تعتبر عملية مصرفية والكترونية أيضا.

يرى الرأي الأول أن إصدار النقود الالكترونية لا يمكن اعتباره عملية مصرفية، لأن جوهر العمليات المصرفية يتمثل في قدرة المصارف على تلقي الودائع من الجمهور والقيام بعمليات الائتمان. هذين هما العمليتان المصرفيتان اللتان تحصل المصرف بموجبهما على الاعتماد. وأن الدفع المسبق للأموال لمصدر النقود الالكترونية مقابل الحصول على هذه النقود لا يعتبر من قبيل الوديعة المصرفية، حسب هذا الرأي، ومنه فإن اصدار النقود الالكترونية لا يندرج ضمن العمليات المصرفية[5].

---

[1]- أحمد السيد ابراهيم لبيب، مرجع سابق، ص 111.

[2]- وخاصة التوجيه 2366/2015 المتعلق بوسائل الدفع والتوجيه **110/2009**المتعلق بالنقود الإلكترونية، والتعديلات الأخيرة للقانون النقدي والمالي الفرنسي.

[3] - PIERRE STORRER, op cit, p25.

[4]- وفعلا تم إعطاء سلطة اصدار النقود الإلكترونية فيما بعد للبنوك إضافة لمؤسسات إصدار النقود التي جاء بها التوجيه الاوروبي المتعلق بالنقود الالكترونية 110/2009 فيما بعد. لكن التكييف القانوني للنقود الالكترونية لم يتأكد بعد.

[5]- أحمد السيد ابراهيم لبيب، مرجع سابق، ص 222.

ويرى رأي ثان أن إصدار النقود الالكترونية يعتبر من العمليات المصرفية التي تقوم بها البنوك والمؤسسات المصدرة لهذه النقود. حيث يسمح التعامل بالنقود الالكترونية لمؤسسات الإصدار بزيادة عمليات تلقي الودائع والتوسع في أنشطة الائتمان. كما يتيح لها فرصا أكبر لعرض منتجات وخدمات جديدة عن طريق تزويد عملائها بوسائل وخدمات جديدة ومتطورة تتناسب مع واقع التجارة الالكترونية. ويؤيد هذا الرأي أن العمليات المصرفية الالكترونية لم تكن يوما محددة على سبيل الحصر، وإنما هي مرتبطة بالتطورات الاقتصادية والاجتماعية للمجتمع، شأنها شأن الاعمال التجارية الأخرى، التي لم تكن محددة على سبيل الحصر. وهذا من شأنه أن يساعد على تنافسية البنوك بالبحث عن منتجات جديدة تسهل المعاملات المصرفية للزبائن، وهذه هي الفكرة الاساسية التي بنيت عليها العمليات المصرفية الإلكترونية.

وفي هذا صرح محافظ البنك الفرنسي أن "إصدار النقود الالكترونية بمفهومها العام وما يتصل به من إصدار البطاقات الذكية والمحافظ الالكترونية يعد من قبيل الأنشطة المصرفية"[1]. وهذا هو الرأي الذي نؤيده ونتبناه في هذه الدراسة.

ومهما يكن من أمر فإن قوانين مختلف الدول المتطورة، وخاصة الدول الأوروبية قد سارت أشواطا كثيرة في ضبط وتنظيم سوق النقود الالكترونية، ولم تلق بالا لأقوال الفقه ولا لتكييفه لطبيعة هذه العمليات أو الخدمات.

المبحث الثاني
العمليات المصرفية في البيئة الالكترونية

أدى التطور الكبير لتكنولوجيا الاعلام والاتصال إلى حدوث تغييرات كبيرة في البيئة التنظيمية التي يتم فيها النشاط المصرفي، وظهرت إلى الوجود هيئات جديدة، من غير البنوك والمؤسسات المالية التقليدية، تحترف تقديم العمليات المصرفية بطريقة الكترونية. وأدى التزاوج الحاصل بين النشاط المصرفي وتكنولوجيا الاعلام والاتصال، إلى ظهور مخاطر جديدة لم يعرفها النشاط المصرفي من قبل، وأصبحت هذه المخاطر تهدد العمليات المصرفية الالكترونية، مما يستوجب دراسة سبل حمايتها ووقايتها من خلال حسن إدارة هذه المخاطر.

تقتضي دراسة البيئة المستحدثة التي تتم فيها العمليات المصرفية الالكترونية التطرق للهيئات الجديدة التي تقوم بهذه العمليات، في مطلب أول، وكذا المخاطر التي تهدد هذه العمليات وسبل تأمينها في مطلب ثان.

---

[1]- نقلا عن أحمد السيد لبيب ابراهيم، المرجع نفسه، ص 220.

المطلب الأول

الهيئات الوافدة على العمليات المصرفية الالكترونية وطبيعة مواقع الأنترنت الخاصة بها

تقوم مختلف الهيئات الوافدة الجديدة على العمليات المصرفية الالكترونية بتقديم هذه العمليات بطريقة الكترونية من خلال مواقع الانترنت الخاصة بها، وهذا يقتضي دراسة هذه الهيئات، في فرع أول، وكذا دراسة الطبيعة القانونية لموقع الانترنت الذي تقدم من خلاله هذه الهيئات مختلف العمليات المصرفية الالكترونية، في فرع ثان.

الفرع الأول

الهيئات الوافدة على العمليات والخدمات المصرفية الالكترونية

لم يعد القيام بالعمليات المصرفية الالكترونية مقتصرا على البنوك والمؤسسات المالية بالمفهوم التقليدي، بل ظهر هنالك وافد جديد، دخل العمل المصرفي من بابه الالكتروني، وأصبح له دور كبير في العمل المصرفي الالكتروني، بل أصبح منافسا كبيرا للبنوك والمؤسسات المالية التقليدية. من هذه الهيئات البنوط الالكترونية، مؤسسات الدفع الالكتروني، مؤسسات إصدار وتسير النقود الالكترونية، وكذا الشركات الكبرى لقطاع تكنولوجيا الإعلام والاتصال والمتاجر الكبرى. نحاول في ما يلي تفصيل هذه الهيئات.

أولا- البنوك الالكترونية

يكتسي تحديد مفهوم البنوك الالكترونية أهمية قانونية بالغة، نتيجة لحداثة هذا النوع من البنوك، ووجود لبس كبير في تحديد ماهيتها، خاصة في ظل ظهور مؤسسات غير بنكية تقدم بعض الخدمات المصرفية لعملائها بطريقة الكترونية على شبكة الانترنت، واقتصار بعض البنوك والمصارف على إنشاء بعض المواقع على الانترنت ذات الطابع الإعلامي والاتصالي فقط مع العملاء. كما أنه من الأهمية البالغة ضرورة معرفة مدى انطباق مفهوم البنك من الناحية القانونية على البنوك الالكترونية على شبكة الانترنت.

أ- مفهوم البنوك الالكترونية

يستخدم مصطلح البنوك الالكترونية، «*e-banking* » أي *electronicbanking* للدلالة على المعاملات المالية التي تتصل بالبنك، والتي يقوم بها العملاء عن بعد، من أي مكان، و في أي وقت، باستعمال جهاز الكمبيوتر، أو الهاتف الذكي، أو أي جهاز الكتروني آخر.

لم يستعمل المشرع الجزائري مصطلح "البنك الالكتروني" ولا مصطلح "البنك على الأنترنت" في قانون النقد والقرض ولا في غيره من القوانين ذات الصلة. كما لم يتم ذكر هذا المصطلح بمختلف الأنظمة، المنظمة للعمل المصرفي الجزائري، التي أصدرها بنك الجزائر. لكنه استعمل في القانون رقم

06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته[1]، تعبير "المصارف التي ليس لها حضور مادي والتي لا تنتسب إلى مجموعة مالية خاضعة للرقابة".

من جهة الفقه، تعددت الأسماء التي أطلقها الفقهاء على هذا النوع من البنوك، بين تسمية البنك الالكتروني[2]، والبنك عن بعد، وبنك الانترنت، والبنك على الخط، والبنك الافتراضي، وكلها تسميات مختلفة لمسمى واحد، هو البنك الالكتروني. فما هو البنك الالكتروني؟

ذكرت قواعد الخدمات المصرفية الالكترونية، الصادرة عن مؤسسة النقد العربي السعودي، سنة 2010، مجموعة من المصطلحات اعتبرتها مترادفة، يمكن كلا منها وصف الصور المتنوعة للمصرفية الالكترونية وهي: المصرفية باستخدام جهاز الحاسوب الشخصي، المصرفية عبر الانترنت، المصرفية عبر الاتصال بالأنترنت، المصرفية المباشرة، المصرفية من المنزل، و المصرفية الالكترونية عن بعد[3].

يرتبط مفهوم البنوك الالكترونية بقيام العميل بمختلف العمليات البنكية والمالية الالكترونية الخاصة به عن بعد، وفي أي وقت كان. كما يرتبط هذا المفهوم من ناحية البنك بتقديمه للخدمات المصرفية للعملاء عن بعد ودون شرط التواجد الفعلي والمادي على أرض الواقع.

1-البنك على الانترنت: Internetbanking

عرف البنك على الانترنت على أنه: "تقديم الخدمات البنكية عن طريق شبكة الانترنت مباشرة للزبائن"، وعرف أيضا على أنه: "استعمال موقع الويب للبنك من طرف الزبائن من أجل الوصول إلى حساباتهم المصرفية، إجراء تحويلات مالية والحصول على معلومات عامة عن المنتجات والخدمات البنكية"[4].

وبالنظر لاختلاف تعاريف الفقهاء للبنوك الالكترونية وتعددها يمكن تقسيم الخدمات المصرفية المقدمة عن طريق الانترنت إلى عدة أقسام أو اتجاهات، نجملها في ثلاث اتجاهات أساسية[5].

- الاتجاه الأول: تقديم بعض الخدمات المصرفية على الانترنت

عرف أنصار هذا الاتجاه البنك الالكتروني على شبكة الانترنت بأنه: "البنك الذي يقدم الخدمات المصرفية عبر الموقع الالكتروني له على شبكة الانترنت". وعرف أيضا بأنه: "الموقع الذي يسمح لعملائه بإجراء التحويل المالي للنقود على الأقل". كما عرف أيضا بأنه: "موقع الكتروني يقدم الخدمات المالية في البيئة الافتراضية".

ما يلاحظ على هذه التعاريف أنها قصرت مفهوم البنك الالكتروني على توافر شرطين أساسيين هما، مجرد التواجد على شبكة الانترنت، وتقديم بعض الخدمات المصرفية.

[1]- قانون رقم 06-01، مؤرخ في 20 فيفري 2006، متعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر قم 14، بتاريخ 08 مارس 2006.
[2] - La banque électronique, la banque à distance, la banque via internet, la banque en ligne, la banque virtuelle.
[3]- موقع مؤسسة النقد العربي السعودي على الانترنت: www.sama.gov.sa
[4] - Mouna Fourati, Jamil Chaabouni, « **Usage de l'internet banking par les entreprises et effets sur la qualité des services »,** CAIRN.INFO, 2108/5 N° 103, 18
[5]- علاء الدين التميمي، ص 45.

– الاتجاه الثاني: مجرد التواجد على شبكة الانترنت

عرف أنصار هذا الاتجاه البنك الالكتروني على شبكة الانترنت بأنه: "البنك الذي يتواجد فقط على شبكة الانترنت". وعرف أيضا على أنه: "البنك الذي يتواجد فقط على شبكة الانترنت من خلال شبكة داخلية متصلة بشبكة الانترنت". كما عرف أيضا بأنه: "البنك الذي يعمل فقط على شبكة الانترنت".

يعاب على أصحاب هذا الاتجاه أنهم قصروا مفهوم البنك الالكتروني على شرط التواجد الحصري على الانترنت" و بمفهوم المخالفة أن كل البنوك التقليدية المتواجدة حاليا لا يمكن أن تكون بنوكا الكترونية لأن لها تواجد فعلي على أرض الواقع. أي أن أصحاب هذا الاتجاه ضيقوا من مفهوم البنك الالكتروني.

– الاتجاه الثالث: عدم الوجود المادي للبنك

يرى أنصار هذا الاتجاه أنه حتى نكون أمام بنكا الكترونيا، فإنه يجب أن ينتفي الوجود المادي للبنك، أي أن هذا البنك يجب أن يكون فقط في شكل موقع على شبكة الانترنت. و في هذا الإطار أكدت دراسة بريطانية أجريت سنة 2015 أن 33 في المائة من المستهلكين البريطانيين غير مستعدين ليكونوا زبائن لبنوك الكترونية ليس لديها تواجد على الأرض. كما بينت ذات الدراسة أن الكنديين يفضلون البنوك التي لها مقرات على الأرض حتى ولو كانت في المقاهي[1].ومن هنا يظهر تخوف المستهلكين في الدول المتطورة من هذا النوع من البنوك الإلكترونية التي ليس لها تواجد فعلي على الأرض.

2– أنماط البنوك الالكترونية

وفقا لدراسات جهاز الإشراف و الرقابة الأمريكية و الأوروبية[2]، فإن هناك ثلاث صور أساسية للبنوك الالكترونية على الانترنت:

– الموقع المعلوماتي: و هو المستوى الأساسي للبنوك الالكترونية، أو ما يمكن تسميته بالحد الأدنى من النشاط الالكتروني المصرفي، ومن خلاله فإن البنك يقدم معلومات حول برامجه و منتجاته و خدماته المصرفية.

– الموقع المعلوماتي والاتصالي: بحيث يسمح البنك في هذه الحالة بتبادل المعلومات مع العملاء، كالبريد الالكتروني، و تعبئة طلبات أو نماذج على الخط، والاستعلام عن الرصيد، و ذلك مع احتفاظ البنك بطابعه المادي على الأرض.

و تعرف هذه الصورة بأنها استخدام الانترنت كوسيلة اتصال وتسليم الكترونية لبعض الخدمات المصرفية[3]، و التي تتضمن الخدمات التقليدية، مثل فتح الحساب و إجراء تحويل النقود بين حسابين

---

[1]- Marianne Vardier, **« Innovation, concurrence et règlementation pour la fourniture des services bancaires en ligne »**, CAIRN.INFO, 2015/4 N° 120, p 73.

[2]- خبابة عبد الله، الاقتصاد المصرفي، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2013، ص 179.

[3]- علاء التميمي، مرجع سابق، ص 54.

مختلفين، بالإضافة إلى بعض الخدمات الجديدة، كخدمات الدفع الالكتروني، و تخليص الفواتير عن طريق شبكة الانترنت.

– الموقع التبادلي: هذا هو المستوى الذي يمكن عنده القول أن هناك بنكا الكترونيا على شبكة الانترنت، حيث يظهر البنك هنا كموقع على شبكة الانترنت. ويشترط البعض أنه يجب أن لا يكون له كيانا ماديا، هذا الموقع مزود بكافة البرامج والأدوات التي تمكنه من القيام بكل العمليات المصرفية على شبكة الانترنت. و يمكن الاتصال بهذا البنك من جهاز الكمبيوتر أو الهاتف الذكي أو أي جهاز الكتروني آخر.

3- شروط ممارسة العمل المصرفي الالكتروني في الجزائر

بالنظر إلى أنواع البنوك الالكترونية، كما ذكرنا ذلك سابقا، يتضح أنه لمناقشة مدى قانونية نشاط البنوك الالكترونية، فإننا نكون أمام حالتين: حالة وجود البنك فعليا على الأرض، ويريد القيام بالعمل المصرفي الالكتروني، وحالة وجود البنك على الانترنت فقط.

- الحالة الأولى: البنك متواجد في الواقع

في هذه الحالة فإن البنك يقوم فقط بإنشاء موقع على الانترنت للقيام بالعمليات المصرفية الالكترونية، وبهذا يصبح الموقع على الانترنت بمثابة فرعا للبنك الأصلي، وليس بنكا مستقلا، وبهذا يمكن للبنوك المتواجدة على الأرض القيام بالعمليات المصرفية الالكترونية بموجب الاعتماد الممنوح لها[1]، فقط مع ضرورة الخضوع لشروط ممارسة العمليات المصرفية الالكترونية، بالنسبة للتشريعات التي تتطلب ذلك.

و بالعودة لقانون النقد والقرض الجزائري، فإنه لم يتطرق للحديث عن العمليات المصرفية الالكترونية، ولم يتطرق للبنوك الالكترونية، فقط هناك إشارة عند الحديث عن تعريف وسائل الدفع في المادة 69 السابقة الذكر، حيث اعترفت المادة بجميع وسائل الدفع "مهما كان السند أو الأسلوب التقني المستعملْ فيهاْ". فهل تعتبر هذه الإشارة ترخيصا للبنوك الجزائرية للقيام بالعمليات المصرفية الالكترونية؟

بالنظر إلى أن كثيرا من التشريعات التي تناولت البنوك الالكترونية، ومنها القانون الأردني والقانون المصري، نجد أن البنك المركزي المصري اشترط على البنوك التي تقدم خدمات إلكترونية أن تحصل على ترخص مسبق بذلك، وأن تقوم بتحديد الخدمات التي ستقوم بتأديتها من خلال الانترنت، بالإضافة إلى تحديد المسؤوليات الواقعة عليها وعلى العملاء، وأن تبين على صفحة البنك على الانترنت ما يفيد حصولها على الترخيص[2].

ولقد بينت وثيقة الضوابط الرقابية للعمليات المصرفية الالكترونية وإصدار وسائل دفع النقود الالكترونية[3]، الصادرة عن البنك المركزي المصري، أن من الأسباب التي تستلزم حصول البنوك على

---

[1]- محمود محمد أبو فروة، الخدمات البنكية الالكترونية عبر الانترنت، الطبعة الثانية ، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، ، 2012، ص 30

[2]- نقلا عن منير محمد الجنبيهي و ممدوح محمد الجنبيهي، البنوك الالكترونية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2006، ص 12.

[3]- صادرة عن البنك المركزي المصري بتاريخ 28 فيفري 2002، على موقع البنك المركزي المصري، يمكن تخملها من موقع الانترنت: *http://cbe.org.eg//*

ترخيص لتقديم العمليات المصرفية الالكترونية، حماية السوق المصرفي المحلي من مقدمي الخدمات المصرفية غير المرخص لهم من البنك المركزي المصري بتقديم هذه الخدمات، بما في ذلك الجهات التي ترغب في تأسيس كيان مستقل لا يتواجد له فروع مادية، بغرض تقديم العمليات المصرفية الالكترونية فقط. ومعنى هذا أن القانون المصرفي المصري يمنع إقامة البنوك الالكترونية التي ليس كيان على الأرض أي البنوك الافتراضية. وهذا ما انتهجه المشرع الجزائري، في ما بعد بموجب قانون مكافحة الفساد[1].كما أن إلزامية الحصول على ترخيص من البنك المركزي، لتقديم العمليات المصرفية الالكترونية، يسمح من التحقق بتوافر الوسائل الكافية لدى البنوك للإدارة الجيدة لمخاطر هذه العمليات. ثم إن طلب الترخيص يجعل البنوك التي ترغب في القيام بهذه العمليات تعمل على تطبيق والالتزام بالضوابط الرقابية اللازمة للقيام بهذه العمليات.

ولقد نص نظام الدفع والتحويل الالكتروني للأموال الأردني[2]، على أنه لا يجوز مزاولة خدمات الدفع أو تشغيل وإدارة وسائل الدفع الالكترونية إلا بعد الحصول على الترخيص اللازم من البنك المركزي الأردني. ومن جهته لم يسمح ذات النظام الأردني للبنوك الاجنبية ممارسة عمليات الدفع والتحويل الالكتروني للأموال، بواسطة فروعها الموجودة في البلاد، إلى بعد تلبية الشروط والمتطلبات التي يحددها البنك المركزي الأردني[3]. وينظم البنك المركزي الأردني سجلا عاما للشركات المرخصة في هذا المجال، يتضمن في حده الأدنى التفاصيل المتعلقة باسم الشركة وعنوانها ونوع الأنشطة المالية الالكترونية المرخصة لها وتاريخ وتسلسل ورقم إصدار الترخيص ومعلومات الترخيص وإلغائه والفروع التابعة له. كما ينشر البنك المركزي الأردني المعلومات ذات الصلة، ويحدثها ويتيحها للجمهور للاطلاع عليها من خلاله موقعه على الانترنت[4].

كما نصت وثيقة الضوابط الرقابية للعمليات المصرفية الالكترونية وإصدار وسائل دفع لنقود الالكترونية، السابقة الذكر، على شروط حصول البنوك على ترخيص لإصدار وسائل دفع الالكترونية. من هذه الشروط استفائه للشروط المتعلقة برأس المال، أن يتم الحصول على موافقة العميل على الخصم على رصيد حسابه الجاري، وان يقتصر إصدار البنك لوسائل دفع لنقود الالكترونية على الجنيه المصري فقط[5].

---

[1]- المادة 59 من القانون 06-01، المؤرخ في 20 فيفري 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر رقم 14 بتاريخ 08 ماس 2006.
[2]- نظام رقم 111 لسنة 2017، متعلق بالدفع والتحويل الالكتروني للأمو ل، مرجع سابق.
[3]- المادة 03 من النظام الأردني رقم 111، أعلاه.
[4]- المادة 28 من النظام الأردني رقم 111، أعلاه.
[5]- **شروط حصول البنوك على ترخيص لإصدار وسائل دفع الكترونية من طرف البنك المركزي المصري**:
(أ) أن يكون البنك مستوفيا للضوابط الرقابية التي تتعلق بمدى التزامه بكل من معيار كفاية رأس المال وأسس تصنيف القروض وتكوين المخصصات والتوازن في مراكز العملات وتركز التوظيفات لدى المراسلين فى الخارج والتركز الإئتمانى.

- الحالة الثانية: البنك متواجد على الانترنت فقط

في هذه الحالة، تنص قوانين كثير من الدول على أنه لا يمكن لهذا البنك الالكتروني ممارسة نشاط القيام بالعمليات المصرفية الالكترونية، كما أن أعماله لا يمكن أن تكون قانونية، إلا بعد الترخيص له و حصوله على الاعتماد من طرف السلطة الوصية.

غير أن قانون النقد والقرض في الجزائر، ومختلف التنظيمات التي أصدرها بنك الجزائر لم تفصل في هذا النوع من البنوك في الجزائر. لكن بصدور قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، نصت المادة 59 منه على منع إنشاء هذا النوع من المصارف بالإقليم الجزائري، كما نصت نفس المادة أيضا على منع البنوك والمؤسسات المالية المنشأة في الجزائر من إقامة علاقات مع مؤسسات مالية أجنبية تسمح باستخدام حساباتها من طرف مصارف ليس لها حضور مادي ولا تنتسب إلى مجموعة مالية خاضعة للرقابة. ومنه يمكن القول أن القانون الجزائري يمنع البنوك الالكترونية من النوع الثاني، أي البنوك الالكترونية المتواجدة على الأنترنت فقط.

وبالعودة إلى مختلف التعريفات التشريعية للبنك، السابقة الذكر، نجد أنها عرفت البنك حسب المعيار الموضوعي أي أنها اهتمت بتوضيح العمليات موضوع عمل البنك، التي يمكنه القيام بها، ولم تحدد شكل البنك إن كان بنكا حقيقيا على الأرض، أم بنكا افتراضيا على شبكة الانترنت، وعليه يمكن القول أن البنك الإلكتروني متى استوفى الشروط العامة المطلوبة لنشاط البنك العادي، من حقه الحصول على الاعتماد، ويمكنه ممارسة العمليات المصرفية الالكترونية مثل بقية البنوك العادية على الأرض[1].

وبالنظر إلى خصوصية العمليات المصرفية الالكترونية، والأخطار التي تواجه البنوك الالكترونية، كون شبكة الانترنت مفتوحة للجميع، ما يجعل البنك الالكتروني معرض لأخطار إضافية أكبر من الأخطار التي يتعرض لها البنك العادي على الأرض، أوجبت تشريعات بعض الدول التي تعترف صراحة بالعمل المصرفي الالكتروني، على البنوك التي تقوم بالعمليات المصرفية الالكترونية،

(ب) أن يتبع البنك مبادئ حصيفة لإدارة مخاطر إصدار وسائل دفع لنقود الكترونية وأن يحدد تفصيلا أنواع وسائل الدفع التي يرغب في إصدارها والشروط المتعلقة بها وكذا مسئوليات الجهات ذات العلاقة بهذه النقود والتي تشتمل على مسئوليات البنك والعميل.

(ج) إفصاح البنك المرخص له بإصدار وسائل دفع لنقود الكترونية على صفحة ال Web الخاصة به بما يفيد حصوله على ترخيص بذلك ورقم وتاريخ الحصول عليه، مع ربط هذا الموقع بصفحة البنك المركزي المصري المعلن فيها عن أسماء البنوك المرخص لها بذلك من خلال رابط حتى يتحقق العملاء من صحة الترخيص.

(د) أن يتم الحصول على موافقة العميل على الخصم على رصيد حسابه الجاري بالقيمة التي يتيحها له البنك الكترونيا والعمولة التي يتقاضاها البنك لقاء ذلك.

(ه) أن يقتصر إصدار وسائل دفع لنقود الكترونية على الجنيه المصري فقط لعملاء البنك خصما على حساباتهم الجارية الدائنة بالجنيه المصري مع عدم السماح بإجراء عمليات مبادلة currency swap بغرض إتاحة مثل هذا الاستخدام.

[1]- علاء التميمي، مرجع سابق، ص 60

ضرورة إعلام زبائنها بمخاطر هذه العمليات، و ما يترتب على العملاء من التزامات، نتيجة قيامهم بهذه العمليات[1].

وعن أهمية تطوير وعصرنة الجهاز المصرفي في الجزائر، من خلال تحسين محيط الاعمال للتقليل من التكاليف، جاء اقتراح صندوق النقد الدولي على الجزائر، لسنة 1995، عند طلب هذه الأخيرة لقروض من الصندوق، للنهوض بالاقتصاد الوطني وتجاوز العراقيل التي تحد من نشاط البنوك، جاء في اقتراح الصندوق ضرورة تعزيز المراقبة وشفافية الحسابات وتعزيز قواعد الحيطة والحذر في الجانب الاقتصادي، وضرورة تحديث نظم الدفع، و تدريب القضاة على القضايا المالية و التجارية، في الجانب التقني و القانوني[2].

غير أنه باستثناء بعض الحالات الخاصة، فإن معظم البنوك الالكترونية التي ليس لها وجود فعلي على الأرض، أو البنوك 100 % افتراضية كما يسميها البعض، قد منيت بفشل كبير[3]. وهذا يقتضي من هذه البنوك أن تقيم وكالات متعددة على الأرض تزامنا مع تواجدها على الأنترنت من خلال موقعها أو مواقعها التي تقوم بالعمليات والخدمات المصرفية الالكترونية. من جهتها البنوك الفرنسية استفادت من هذا الدرس وتعلمت من هذا الفشل الذي منيت به هذه البنوك الالكترونية، و ركزت نشاطها على القنوات المتعددة من خلال الاعتماد على شبكة وكالاتها الصلبة، وعلاقاتها المتينة مع الزبائن. وبهذا استعملت البنوك الفرنسية التي تقدم العمليات المصرفية الالكترونية على الانترنت كوسيلة إضافية، وليس كطريقة أو قناة وحيدة لتقديم الخدمات المصرفية[4].

ثانيا- مقدمو خدمات الدفع الالكتروني

لم ينظم المشرع الجزائري العمليات المصرفية الالكترونية ولا وسائل الدفع الالكترونية، وتبعا لا ذلك لا يوجد في القانون الجزائري ولا في مختلف أنظمة بنك الجزائر ما يمكن أن نعتمد عليه في دراسة وتفصيل هذه الهيئات الوافدة الجديدة على العمليات المصرفية، التي فرضها التطور التكنولوجي في قطاع البنوك والخدمات المالية، من خلال التطور الحاصل في ميدان الإعلام والاتصالات الإلكترونية. وعلى هذا سنتناول دراسة هذه الهيئات الوافدة الجديدة على القطاع المصرفي من خلال قوانين الاتحاد الأوروبي وبعض الدول التي نظمت هذه الهيئات.

ولقد عرف التوجيه الأوروبي 2366/2015 المتعلق بخدمات الدفع في السوق الداخلية، السابق ذكره، مؤسسات الدفع على أنها :"الشخص المعنوي الذي حصل على اعتماد يرخص له تقديم والقيام بخدمات الدفع في دول الاتحاد الاوروبي"[5].

---

[1]- محمد محمود أبو فروة، مرجع سابق، ص 34.

[2]- خالد منة،" **العلاقة بين المؤسسة و المصارف ومحاولة تقييم الأداء في ظل إصلاح المؤسسة المصرفية الجزائرية**"، الملتقى الأول حول المؤسسة المصرفية الجزائرية و التحولات الاقتصادية، الواقع و التحديات، جامعة الشلف، ديسمبر 2004، ص 216،

[3]- Fatima Zahra Boulaiche Bayssa, Op cit, p 15

[4] - Ibid, p 16

[5]- Article 4-4 de la directive 2019/2366, op cit.

وبهذا فقد انشأت مختلف دول الاتحاد الأوروبي مؤسسات خاصة للقيام بمختلف خدمات الدفع ومنها خدمات الدفع الإلكتروني.وفي الوقت ذاته يمكن للبنوك ومؤسسات الائتمان وهيئات إصدار النقود الإلكترونية القيام، إضافة إلى الخدمات المصرفية والمالية الأخرى التي تقدمها، يمكنها تقديم خدمات الدفع الإلكتروني[1]. كما أنشأت بعض الدول العربية أيضا مؤسسات خاصة لهذا الغرض ومنها الأردن[2]. بينما سمحت بعض الدول العربية ومنها مصر والمملكة العربية السعود القيام بهذه الخدمات للبنوك المعتمدة فقط، مع ضرورة الحصول على ترخيص خاص للقيام بهذه الخدمات[3].

وقد اشترط التنظيم الأردني الحصول الاعتماد من البنك المركزي، لتتمكن هذه المؤسسات من بداية النشاط. وتمر عملية الاعتماد أو الحصول على الترخيص على مرحلتين: مرحلة أولى للحصل على ترخيص أولي خلال أجل 90 يوما من تاريخ إيداع الطلب. ثم الترخيص النهائي بعد استكمال الملف، ويقدم الترخيص النهائي خلا أجل 90 يوما من تاريخ استكمال الملف[4].

ويشترط للحصول على الترخيص الأولي لمقدم خدمات الدفع، من البنك المركزي الاردني، الحد الأدنى من متطلبات رأس المال وفقا لما يحدده البنك المركزي. كما يشترط تلبية الحد الأدنى من متطلبات قواعد الحوكمة بما يتفق مع تعليمات البنك المركزي. ويشترط أيضا أن يتمتع الاشخاص المرشحون لتولي عضوية مجلس الإدارة أو الإدارة التنفيذية العليا في الشركة، بمعايير الملاءمة التي يحددها البنك المركزي. ويجب أن تتوفر لدى الشركة صاحبة الطلب البرمجيات والبنية التحتية اللازمة للربط مع أنظمة الدفع الالكترونية الأخرى، وأن تكون لديها أنظمة تشغيل وتجهيزات حاسوبية كفؤة. ويجب أن تتوفر لديها قواعد وأنظمة واضحة وسريعة للرد على استفسارات وشكاوى العملاء وحماية مصالحهم وحل النزاعات التي قد تنشأ عن الخدمات المقدمة لهم وإجراءات الابلاغ عن السرقة أو فقدان أو اختراق بيانات استخدامهم للخدمات واسترداد الأموال. ويجب أن توفر أيضا الشركة مقدمة طلب الحصول على ترخيص خدمات الدفع الالكتروني، متطلبات المعايير المتعلقة بالرقابة والإشراف على انظمة الدفع الالكترونية التي يفرضها البنك المركزي الاردني[5].

وللحصول على الترخيص النهائي لتقديم خدما الدفع الالكتروني، حسب التنظيم الأردني، يجب على الشركة مقدمة الطلب دفع رأس المال كاملا، ودفع الكفالات المالية المطلوبة، واستكمال إجراءات تأسيس الشركة، وتقديم قائمة الاسماء المقترحة والسير الذاتية لمنصب المدير العام والمراكز الإدارية العليا، وكذا المساهمين الرئيسيين وذوي الصلة بهم. كما يجب على الشركة تقديم بيان بالتجهيزات والمعدات والبرامج والأدوات والعقارات اللازمة للقيام بالنشاط. وتعتبر الموافقة المبدئية الممنوحة للشركة

---

[1]- Article 11-1 de la directive 2015/2366, op cit.

[2]- المادة 22 من قانون المعاملات الالكترونية الأردني، مرجع سابق.

[3]- قواعد الخدمات المصرفية الالكترونية، الصادر عن مؤسسة النقد العربي السعودي، مرجع سابق، ص 8.

[4]- المادة 9 من النظام 111 المتضمن نظام الدفع والتحويل الالكتروني للأموال الاردني، مرجع سابق.

[5]- المادة 5 من النظام111 المتضمن نظام الدفع والتحويل الالكتروني للأموال الاردني 111، مرجع سابق

ملغاة إذا لم يتم استكمال الملف وفقا لما سبق، خلال أجل 06 أشهر تاريخ حصول الشركة على المتطلبات والشروط اللازمة للترخيص النهائي[1].

ومن جهته التوجيه الأوروبي 2366/2015، نص على أن السلطات المؤهلة في الدول الاوروبية تمنح الاعتماد لمقدمي خدمات الدفع بعد الفحص الدقيق للملف المطلوب، ويمكن هذه السلطات أن تستشير بنوكها المركزية. ويجب أن يكون للشركة صاحبة الطلب مقرا اساسيا لإدارتها المركزية على الأرض في نفس الدولة التي تقوم فيها بجزء من خدماتها على الأقل. ولا يمكن منح لاعتماد إلا إذا تأكدت هذه السلطات من ضمان التسيير الحسن والآمن لهيئة الدفع. حيث يجب أن تتضمن هيكل منظم وواضح مع تقسيم للصلاحيات متناسق وشفاف، وإجراءات فعالة للمراقة والتسيير والتبليغ عن الأخطار التي يمكن أن تتعرض لها. كما يجب أن تتوفر على الميكانزمات المناسبة للرقابة الداخلية. وكذا الإجراءات الإدارية والمحاسباتية السليمة. ويمكن للسلطات المخولة بمنح الترخيص، رفض الطلب إذا لم تتأكد أن المساهمين أو الشركاء يملكون المؤهلات المطلوبة[2].

وفي فرنسا، مثل ما هو عليه الأمر بالنسبة لمؤسسات الائتمان، تبدأ إجراءات الحصول على الاعتماد انطلاقا من هيئة الرقابة القبلية

« L'autorité de control prudentiel et de résolution » المخولة بمنح الاعتماد لمؤسسات الدفع، وهذا بعد موافقة البنك الفرنسي، وتأكده من توفر كل الشروط الأمنية. ومنه يمكن القول أن الرقابة القبلية لهذه المؤسسات هي رقابة مزدوجة[3]. ويعتبر الاعتماد الممنوح لمقدمي خدمات الدفع، حسب التوجيه الأوربي السابق، صالحا في كل دول الاتحاد، طبقا لنظام حرية تقديم الخدمات، ونظام حرية المؤسسات. وخلال أجل 03 أشهر من استلام الطلب، يجب على السلطات المخولة بمنح الاعتماد، إعلام صاحب الطلب بالموافقة أو الرفض المسبب لهذا الطلب[4].

ثالثا- هيئات إصدار وتسيير النقود الالكترونية

رخص القانون الأردني لمقدمي خدمات الدفع الالكتروني بإصدار القود الالكترونية وإدارتها، وذلك بعد الحصول على الموافقة من البنك المركزي الأردني، وبعد تلبية المتطلبات اللازمة للقيام بهذه الوظيفة الإضافية، كتقديم ضمانات مالية أو كفالات لضمان حقوق المتعاملين مع المصدر. حيث يتم إضافة نشاط إصدار وإدارة النقود الالكترونية للنشاط الأساسي لمقدمي خدمات الدفع الالكتروني[5].وبذلك لم

[1]- المادة 08 من النظام 111، المرجع نفسه

[2] - Article 11 du directive 2015/2366 , op cit.

[3]- Mouna JEMALI , Les établissements de paiement un nouvelle acteur dans le système de bancaire, Thèse de Doctorat en droit, université de NICE, 2014. P 16

[4]- Article 12 du directive 2015/2366 , op cit.

[5]- المادة 19-أ- من النظام الأردني 111، مرجع سابق.

يشترط القانون الأردني صفة البنك في من يريد إصدار النقود الالكترونية، كما هو الحال بالنسبة للمشرع المصري.

ولقد نص نظام الدفع والتحويل الالكتروني للأموال الأردني رقم 111، على الالتزامات الملقاة على الشركات التي تقوم بالعمليات المصرفية المتعلقة بإصدار وإدارة النقود الالكترونية ومنها، ضرورة الفصل التام بين أموال الشركة وأموال العملاء المودعة مقابل إصدار النقود الالكترونية، وكذا ضرورة إيداع هذه الأموال من طرف الشركة لدى بنك يتعامل معه خلال أجل محدد يحدده البنك المركزي الاردني. ويحدد هذا الأخير أيضا حجم النقود الالكترونية التي يسمح بإصدارها للشركة تبعا لرأس مالها ونوع وحجم تعاملاتها ودرجة المخاطر المتعلقة بها. ولا يمكن لشركات إصدار النقود الالكترونية اسناد هذه المهمة لأي طرف ثالث، فهذه المهمة حصرية لها. ويجب أن تتم عملية إصدار النقود الالكترونية وإدارتها من قبل الشركات المرخص لها من خلال نظام الكتروني دقيق[1].

ومن جهتها نصت الضوابط الرقابية على خدمات الدفع باستخدام الهاتف المحمول، الصادرة عن البنك المركزي المصري سنة 2016، على أن حق إصدار النقود الالكترونية يقتصر على البنوك الخاضعة لرقابة البنك المركزي وذلك بعد الحصول على الاعتماد[2].ويعد البنك مصدر الوحدات الالكترونية ويشغل نظاما لإدارة سجلات النقود الالكترونية بشكل كامل ودقيق ومستمر، وتوضح هذه السجلات قيمة النقود المصدرة ومستخدمي النظام ومقدمي الخدمة وبيان رصيد الحسابات الخاصة بكل منهم وإجمالي هذه الأرصدة. كما يراقب النظام الذي يديره البنك مصدر النقود الالكترونية، أوامر الدفع الخاصة بوحدات النقود الالكترونية، ويقوم البنك المصدر بإصدار تقارير مفصلة عن أوامر الدفع مع ربط العمليات بمستخدمي النظام ومقدمي الخدمة.

وأكدت الضوابط الرقابية التي أصدرها البنك المركزي المصري، على ضرورة تمكين حامل النقود الالكترونية من إمكانية استبدال هذه الوحدات بذات قيمة النقد من الجنيه المصدري المقابل لها، وبدون دفع عائد أو فائدة لمستخدم النظام أو مقدم الخدمة، باستثناء مقابل القيام بالخدمة المنصوص عليها في العقد[3].كما أنه يمنع على البنوك إصدار النقود الالكترونية، إلا إذا كان البنك يحتفظ بإيداعات نقدية لا تقل قيمتها عن قيمة الوحدات المصدرة. ويتولى البنك المركزي المصري مراقبة مدى التزام البنوك المصدرة للنقود الالكترونية بهذه الشروط.

كما أن المشرع الفرنسي نظم عملية إصدار النقود الالكتروني وعدل فيها بعد كل صدور للتوجيهات الأوروبية المتعلقة بالنقود الالكترونية. فعلى غرار مؤسسات الدفع التي أنشأها القانون الفرنسي

---

[1]- المادة 19 "ب" من النظام الأردني 111، مرجع أعلاه.
[2]- البند 3-1-1 من القواعد المنظمة لتقديم خدمات الدفع باستخدام الهاتف المحمول، مرجع سابق.
[3]- البند 3-1-3، مرجع أعلاه.

بتعديل القانون النقدي والمالي بعد صدور التوجيه الأوروبي 64/2007 الذي ألغي بالتوجيه 2366/2015. أنشأ القانون الفرنسي بموجب القانون رقم 2013–100 المؤرخ في 28 جانفي 2013، مؤسسات النقود الالكترونية وهذا تكيفا مع التوجيه الأوروبي 110/2009 المتعلق بالنقود الالكترونية السابق ذكره، والذي ألغى بدوره التوجيه 64/2000 الصادر سنة 2000.

وجاء تعديل المشرع الأوروبي للتوجه الخاص بالنقود الالكترونية بعد **09** سنوات من إقراره عندما لاحظ عدم نجاحته على أرض الواقع مع الشروط المشددة على مؤسسات النقود الالكترونية، وكذا التطور الكبير والهائل في وسائل الاعلام والاتصال. فعمليات الدفع بالنقود الالكترونية يمكنها أن تتم عن طريق جهاز الحاسوب أو الهاتف النقال أو أية وسيلة الكترونية أخرى.

وعهد القانون الفرنسي إلى هذه الهيئات الجديدة بمهمة إصدار النقود الالكترونية، إضافة إلى إمكانية القيام بالدفع الالكتروني، كما أعطى أيضا سلطة إصدار النقود الالكترونية لمؤسسات الائتمان، إضافة لمختلف العمليات المصرفية التي تقوم بها البنوك كاختصاص أصيل[1]. بينما احتفظت مؤسسات الدفع بمهمة الدفع فقط، إذ ليس لها حق إصدار النقود الالكترونية[2]. ويجب على هذه المؤسسات أن تحصل على الاعتماد، كما انها تخضع للرقابة القبلية. ويرى بعض الفقهاء الفرنسيين أن قانون الدفع في فرنسا أصبح معقد ومتداخل ومتعدد الأطراف، حيث أن إجراءات عمل مؤسسات الدفع غير واضحة منذ البداية، وتعقدت أكثر بعد إنشاء مؤسسات اصدار وتسيير النقود الالكترونية. ومنه يقترحون العمل على دمج مؤسسات إصدار وتسيير النقود الالكترونية مع مؤسسات الدفع في هيئة واحدة تخضع لنظام قانوني واحد[3].

ولقد عرف التوجيه الأوروبي 110/2000 مؤسسات النقود الالكترونية على أنها، الشخص المعنوي الذي يتحصل على اعتماد يسمح له بإصدار النقود الالكترونية[4]. واشترط ذات التوجيه على هذه المؤسسات رأسمال على الأقل يساوي 350.000 أورو للحصول على الاعتماد[5].

وإضافة إلى مهمة إصدار النقود الالكترونية، أعطى التوجيه الأوروبي مؤسسات الإصدار إمكانية القيام بأعمال أخرى، منها القيام بعمليات الدفع الالكتروني للأموال كما هي محددة لمؤسسات الدفع، وكذا تسيير نظم الدفع، والقيام بعمليات الائتمان المتعلقة بخدمات الدفع، عندما تكون الأموال مرتبطة بخط ائتمان لمستعمل وسيلة الدفع. وإصدار أو استلام وسائل الدفع. كما يمكنها القيام بالأعمال التجارية من

---

[1]- Livre V, Titre II, chapitre V les émetteurs de monnaie électronique, CMF.
[2]- Article L525-1 du CMF : les émetteurs de monnaie électronique sont les établissements de monnaie électronique et les établissements de crédit.
[3]- PIERRE STORRER, op cit, p55.
[4]- Article 2-1 : établissement de monnaie électronique: une personne morale qui a obtenu, en vertu du titre II, un agrément l'autorisant à émettre de la monnaie électronique.
[5]-Article 4-1 de la directive 2009/110/CE, op cit.

غير إصدار النقود الالكترونية، في ظل احترام القانون الأوروبي والقانون الداخلي للدولة الساري المفعول[1]. ومنه نلاحظ أن المشرع الأوروبي أعطى مؤسسات النقود الالكترونية صلاحيات هامة للقيام بالكثير من الخدمات والعمليات المصرفية، فهي تحتل مرتبة الوسط بين مؤسسات الائتمان التي تمارس كل العمليات المصرفية، ومؤسسات الدفع التي لا يمكنها القيام إلا بعمليات الدفع.

ويجب أن يربط كلا من مصدر النقود الالكترونية والحامل عقدا يحدد بصفة واضحة ودقيقة حقوق والتزامات كلا من الطرفين، خاصة فيما يتعلق بشروط رد أو إرجاع « remboursement » النقود الالكترونية والمصاريف المحتملة الناتجة عن ذلك. ولقد حددت المادة 11 فقرة 4 من التوجيه الأوروبي السابق الذكر، الحالات التي يمكن أن ينتج عن ارجاع النقود فيها مصاريف على حساب الحامل. من هذه الحالات حالة طلب إرجاع النقود الالكترونية قبل انقضاء مدة العقد، وكذا حالة إنهاء العقد من طرف الحامل قبل انقضاء المدة المحددة فيه، وفي حالة طلب الحامل لإرجاع النقود الالكترونية بعد انقضاء مدة سنة من تاريخ انقضاء العقد. غير أنه في كل هذه الحالات يجب أن يكون مبلغ المصاريف متناسب مع المبالغ الحقيقية التي تحملها المصدر.

من جهة أخرى يمنع على كل شخص طبيعي أو معنوي من غير المرخص لهم بإصدار النقود الالكترونية من القيام بهذه العملية المصرفية الجديدة. وتلتزم مؤسسات النقود الالكترونية، بإصدار هذه النقود حسب القيمة الاسمية مقابل الحصول على الأموال. كما تلتزم هذه المؤسسات برد أو سداد قيمة هذه النقود الإلكترونية بالنقود العادية بطلب من الحامل في أي وقت وحسب القيمة الاسمية للنقود الالكترونية. كما أن هذا السداد يجب أن يكون بدون مصاريف، إلا في الحالات التي يحددها العقد[2].كما تلتزم الدول الأعضاء بالاتحاد الاوربي، حسب هذا التوجيه، بمنع منح أية فوائد أو امتيازات متعلقة بتغير مدة حمل النقود الالكترونية[3].

اذن ذكرنا باختصار شروط القيام بعملية إصدار النقود الالكترونية، وضرورة وجود عقد يربط المصدر والحامل ومجمل الالتزامات الملقاة على الطرفين، بمناسبة إصدار واستعمال النقود الالكترونية. وهكذا نلاحظ أن المشرع الأوروبي قام بتنظيم النقود الالكترونية كعملية مصرفية الكترونية حديثة بالنسبة للمصدر، وكوسيلة من وسائل الدفع الالكترونية بالنسبة للحامل، نظمها سنة 2000 وأعاد تنظيمها سنة 2009. وهذا كله من شأنه أن يجعل حامل النقود الالكترونية أو العميل يقوم بمختلف عمليات الدفع في جو من الثقة والأمان من خلال معرفته لكل حقوقه والتزاماته بمناسبة القيام بهذه العمليات. وهذا أيضا من شأنه أن يضفي جوا أكبر من الثقة و الأمان على استعمال هذه الوسيلة الجديدة ويحفز المجتمع على استعمال النقود الالكترونية. هذا بخلاف ما هو الحال عليه عند معظم الدول العربية، ومنها الجزائر، التي

[1]- Ibid, Article 06.
[2]- Article 11 de la directive 2009/110/CE, op cit .
[3]- Ibid, article 12.

لم تعترف بعد بالنقود الالكترونية، وحتى التي اعترفت بها لم تقوم بتنظيمها هذا التنظيم الدقيق الذي يحدد حقوق والتزامات مختلف الأطراف المتدخلة في هذه العملية المصرفية الحديثة.

رابعا- الشركات الكبرى لقطاع تكنولوجيا الإعلام والاتصال والمتاجر الكبرى

تقترح الشركات الكبرى لقطاع تكنولوجيا الإعلام والاتصال، على غرار "آبل" "غوغل"، أو المتاجر الكبرى على غرار "علي بابا" و "أمازون"، في الدول المتقدمة، خدمات مصرفية الكترونية كانت إلى وقت قريب حكرا على البنوك و المؤسسات المالية، هذه الخدمات لا تخضع للقانون البنكي. غير أن الحصول على حساب الإيداع من طرف زبائن هذه المؤسسات لا يمكن أن يكون إلا من طرف مؤسسة بنكية. وعليه يكون على كل متعامل يقترح خدمة بنكية الكترونية ذات علاقة بحساب بنكي (الاطلاع على الحساب مثلا أو الدفع الالكتروني) عليه أن يتعاقد مع البنك أو مع مؤسسة مالية مرخص لها القيام بهذه العمليات[1].

إن معظم الشركات في قطاع تكنولوجيا الاعلام والاتصال، التي تقترح الخدمات المصرفية على الانترنت ليس لها صفة البنوك، من جهة أخرى فإن البنوك الالكترونية التي تقوم بفتح حسابات التوفير أو الدفع الالكتروني هي في معظم الأحيان فروع لمجموعات بنكية كبرى، مثل "سوسيتي جنرال" و"القرض الشعبي". تكون عمولات العمليات المصرفية الالكترونية بصفة عامة صغيرة، وتكون مداخيل البنوك بصفة عامة من نشاطات التحويلات المالية. ومنه فإن هؤلاء المتعاملين الذين لا يخضعون للقانون البنكي يقدمون بصفة عامة، فقط خدمات الدفع، أو خدمة الدخول إلى الحساب[2].

تعتبر خدمات محفظة النقود الالكترونية، أو خدمات الدفع عن طريق الانترنت من أهم الخدمات المصرفية الالكترونية المبتكرة التي يقدمها المتعاملون من غير البنوك، حيث تمكن المستهلكين من الشراء على الخط أو عن طريق الهاتف الذكي. عندما يكون للمستهلك حساب خصوصي، عملية الدفع تكون مباشرة بتحويل مالي من المشتري إلى البائع عن طريق غرفة المقاصة الالكترونية، وعندما لا يكون للمشتري حساب بنكي خصوصي، فإن مقدم خدمات الدفع الالكتروني يكون وسيطا بين البنوك، كما هو الحال في الدفع عن طريق البطاقات البنكية[3].

[1]- Marianne Verdier, Op cit, p 69.

[2]- بعض المتعاملين من غير البنوك، ينطلقون في تقديم الخدمات للمستهلكين تدريجيا، من الدفع الالكتروني ثم لخدمات التوفير و فتح الحسابات البنكي، مع الحصول على الاعتماد البنكي، و هذا على غرار "Pay Bal" التي حصلت مؤخرا على الاعتماد في لكسمبورغ. وعلى غرار « Atom Bank » التي حصلت على الاعتماد من بنك انجلترا، لتكون أول مقرض يقدم فقط التحولات الالكترونية،
Marianne Verdier, Op cit, p 69.

[3] - Ibid, p 70.

تقوم بعض الشركات الكبرى في قطاع الإعلام والاتصال، وبعض المحلات العالمية الكبرى[1]بالمزاوجة بين محفظة النقود الالكترونية وبرامج الزبائن الأوفياء، من أجل تحسين وضعهم في السوق التنافسية، و تحسين خدماتهم، الشيء الذي يمكنهم من الحصول على معلومات مهمة على قطاع المستهلكين، بعض هذه الخدمات أيضا تمكن المستهلكين من الاطلاع على حساباتهم، قبل القيام بعملية الشراء.

إن التطور الكبير الذي تشهده السوق العالمية في ميدان العمليات والخدمات المصرفية الالكترونية، والتنافس الحاد بين البنوك والمتعاملين من غير البنوك، في هذا الميدان، دفع بالدول المتطورة إلى إعادة النظر في الدخول إلى هذا القطاع، بتكييف القانون البنكي، بين تقوية حواجز الدخول من أجل حماية توازن القطاع البنكي من جهة وتسهيل شروط الدخول من جهة أخرى من أجل دعم التطور الحاصل في هذا القطاع ومن أجل حماية المنافسة[2].

كما أن التطور الحاصل في الخدمات المصرفية الالكترونية على المستوى العالمي دفع دول التحاد الأوروبي لإعادة تكييف الإطار التشريعي والتنظيمي لممارسة العمليات المصرفية الالكترونية، مع الابقاء على التوازن المالي في دول الاتحاد، و في هذا الإطار تم تنظيم هيئات إصدار النقود الالكترونية سنة 2000، كما تم انشاء هيئات جديدة لا تكتسب صفة البنك تقوم بعمليات الدفع بمختلف أنواعها، سنة 2007 كما تم تعديل التوجيه سنة 2018[3]. حيث تم إنشاء ترخيصات أو اعتمادات خاصة للقائمين بالعمليات المصرفية من غير البنوك[4]، و ذلك حتى تتم مراقبتهم من طرف هيئات الرقابة لقطاع البنوك، وذلك من أجل حصر المخاطر المحتملة التي يمكن أن تنتج عن نشاط هذه الهيئات، تقوم مختلف هيئات الضبط في المجال المالي والمصرفي، بالإضافة الى هيئات ضبط المنافسة بمراقبة هذه الهيئات غير البنكية، ويمكن أن تسحب منها الاعتماد عند الاخلال بالتزاماتها[5].

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية لموقع الانترنت دعامة العمليات المصرفية الالكترونية

حوّل الانتشار الكبير للعمليات المصرفية الالكترونية والاستعمال المكثف للأجهزة الالكترونية، مواقع الانترنت الخاصة بالبنوك والمؤسسات المالية إلى دعامة وفضاء افتراضي لعرض وتقديم العمليات المصرفية عن بعد. فبواسطتها يتمكن الأطراف ومن خلال شبكة الانترنت من ابرام مختلف العقود

---

[1]- Comme; Alipay, Starbucks, Google, Apple.

[2]- Marianne Verdier, op cit, p71.

[3]- Voir La Directive européenne 2000/64/CE du 18 septembre 2000, concernant la monnaie électronique, et la directive européenne 2007/64/CE du 13 novembre 2007, concernant les services de paiement dans le marché intérieur.

[4]- considérant 10 du Directive 2007/64/CE.

[5] - Ibid, considérant 14.

المصرفية الالكترونية، والقيام بمختلف هذه العمليات. وبواسطة مواقع الانترنت تمكنت مختلف البنوك من فتح فضاءات تجارية جديدة والوصول إلى عدد أكبر من الزبائن لتسويق منتجاتها عن بعد.

ومنه يمكن التساؤل هل لموقع الانترنت قواعد خصوصية في ما يخص العمليات المصرفية والمالية عن بعد؟ أجاب عن هذا التساؤل الكتاب الأبيض[1] الذي أعده البنك الفرنسي سنة 2000 بالتعاون مع ممثلي البنوك الفرنسية ومؤسسات الاستثمار والأمانة العامة للجنة المصرفية بقوله: "إن القيام بالعمليات المصرفية والمالية عن طريق الانترنت لا يشكل نشاطا جديدا. شبكة الانترنت تقوم فقط بدور الوسيط الذي يمكن من القيام بهذه العمليات عن بعد، بدون أي اعتبار للحدود الجغرافية"[2]. لكن منذ هذا التاريخ، توسع القانون الأوروبي في ما يخص تقديم العمليات المصرفية والمالية على الانترنت توسعا كبيرا. ومع هذا التوسع أصبحت تحديد الطبيعة القانونية لموقع الانترنت أكثر إلحاحا، فهل موقع الانترنت يمثل مؤسسة أم أنه مجرد طريقة مبتكرة لتقديم الخدمات؟

تشكل حرية إقامة المؤسسات على تراب مختلف دول الاتحاد الأوروبي وحرية تقديم الخدمات، القاعدة الأساسية للسوق الأوروبية المشتركة. وحسب القانون الأوربي تقوم حرية إنشاء المؤسسات على ضرورة التواجد الدائم والمستمر للمؤسسة بهذه الدولة، والقيام بالنشاط بصفة مستمرة ودائمة، بينما تقوم حرية تقديم الخدمات على حق تقديم مختلف الخدمات في دولة غير دولة المؤسسة من غير أية اعتبارات للحدود الجغرافية، ومن دون التواجد الفعلي للمؤسسة على أرض هذه الدولة[3]. فهل يعتبر

أولا- موقع الانترنت شكلا من أشكال المؤسسة

نتناول مدى اعتبار موقع الانترنت شكلا من أشكال المؤسسة من خلال القانون الدولي ثم من خلال القانون الأوروبي.

1- مدى اعتبار القانون الدولي موقع الانترنت شكلا من أشكال المؤسسة

بمجرد إقامة المؤسسة بصفة دائمة على أراضي دولة معينة فإنها بالتأكيد تخضع لقانون هذه الدولة. نتناول مدى امكانية اعتبار موقع الأنترنت شكلا من أشكال المؤسسة في القانون الدولي من خلال موقف منظمة التعاون الاقتصادي والتمية .« OCDE ».

عرفت الاتفاقية الضريبية النموذجية لمنظمة التعاون الاقتصادي والتنمية المؤسسة الثابتة على أنها: "هيكل ثابت للأعمال، تقوم من خلالها الشركة بتنفيذ جزء من نشاطاتها والذي يتضمن على جه الخصوص؛ مكان الادارة، الفرع، المكتب، الورشة، المنجم، بئر النفط أو الغاز، أو المحجر أو أي مكان

[1]- LIVRE BLANC, Internet, quelle conséquences prudentielles ? Banque de France , Commission bancaire, secrétariat générale, décembre 2000.
[2]- Livre blanc, op-cit, p29.
[3]- Fatima Zahra Boulaich Bayssa, op-cit, p 55.

آخر لاستخراج الموارد الطبيعية"[1]. من خلال هذا التعريف يمكن استخراج أهم شروط المؤسسة الثابتة، لنرى مدى امكانية اسقاطها على موقع الانترنت:

– منشأة أو هيكل ثابت للأعمال مقام على حيز جغرافي معين، وبصفة دائمة، لا يهم إن كان العقار ملكا أو مؤجرا، كما إن المؤسسة يجب أن لا تكون مقامة من أجل القيام بعملية معينة بشكل مؤقت أو معاملة محددة.

– هذه الاتفاقية تم إعدادها سنة 1958، حيث لم تكن هناك انترنت ولا اتصالات الكترونية، ولا بنوك الكترونية، ومنه يمكن القول أن موقع الانترنت لا يدخل ضمن المنشآت أو الهياكل الثابتة، فموقع الأنترنت ما هو إلا مجموعة من البرامج والبيانات الالكترونية، فهو ليس له وجود مادي، وليس له حيز جغرافي يقع فيه، ومنه لا توجد مقرات أو مكاتب. لكن مع هذا يمكن اعتبار الخادم الذي يتم من خلاله توطين موقع الانترنت وربط الاتصال عن طريقه، شيئا ماديا، حيث يتم تثبيت الخادم على مجموعة من التجهيزات الالكترونية المادية والتي توضع في حيز جغرافي معين، ومنه يمكن أن تعتبر اعتباره منشأة أو هيكل ثابت.

– في كل الأعمال يجب أن يكون هناك تدخل بشري، لكن ليس في كل المقرات أو المواقع، فدخول الآلات والصناعات الأوتوماتيكية والتحكم فيها عن بعد مكنت من تقليص التدخل البشري في العمل إلى أقصى حد. ثم إن التعريف السابق لم يشترط أبدا الحضور أو التواجد الدائم للعنصر البشري في هذه المنشآت، ومنه يمكن اعتبار موقع الانترنت شكلا من أشكال المؤسسة في غياب العنصر البشري، حسب هذا المعيار[2].

– حتى يتم اعتبار مؤسسة منشأة ثابتة، يجب أن تقوم بالأعمال الاساسية أو الرئيسة الخاصة بها، وليس مجرد أعمال بشكل مؤقت. وهذا الشرط يمكن اعتبار متوفرا في مواقع الانترنت الخاصة بالبنوك.

وحتى يبقى تعريف المؤسسة الثابتة صحيحا ومواكبا للتطورات التقنية في ميدان تكنولوجيا الاعلام و الاتصال، تم إضافة تعديلات وتعليقات على مختلف بنود الاتفاقية[3] سنة 2000، ومنه يمكن فعلا بعد هذه التعديلات تكييف موقع الانترنت على أنه مؤسسة ثابتة إذا توافرت فيه الشروط الجديدة المعدلة لهذه الاتفاقية. والتي نوجزها في ما يلي:

– من خلال التعليق "42.3" على بنود الاتفاقية، يتضح أنها تعتبر "الخادم" عبارة عن منشأة ثابتة بالنسبة للمؤسسة إذا كانت المؤسسة تملك هذا الخادم أو مؤجرة له وتستغل المنشأة المتواجد بها لصالحها، أما إذا كان للمؤسسة المالية فقط مساحة من القرص الصلب لأحد الخوادم لمؤسسة أخرى، أو تؤجر فقط جزءا

[1] - Article 5 de la convention fiscale modèle, sur site : www.oecd.org/fr/

[2]- Fatima Zahra Boulaich Bayssa, op cit, p 35.

[3]- Clarification pour l'application de définition de l'établissement stable dans le cadre du commerce électronique, comité des affaires fiscales de l'OCDE du 22 décembre 2000.

منه ففي هذه الحالة لا يعتبر هذا الخادم تحت تصرفها ومن ثم لا يمكن اعتباره مؤسسة ثابتة. وهذا بخلاف التعريف الكلاسيكي السابق حيث لم يشترط ملكية العقار أو المنشأة من طرف المؤسسة.

– حتى يمكن اعتبار الخادم مؤسسة ثابتة، يجب أن يكون هذا الخادم موجود على حيز جغرافي معين وخلال مدة زمنية كافية، حسب التعريف السابق الذكر[1].

– رغم أن المادة 05 من الاتفاقية الضريبية لمنظمة التعاون والتنمية الاقتصادية، تشترط الوجود البشري في مكان النشاط لاعتبار المؤسسة ثابتة، إلا أنه يمكن أن تكون المؤسسة ثابتة في حالة كون نشاط المؤسسة قائم عن طريق الآلات والتحكم الألي، ويقتصر التدخل البشري في التركيب، التشغيل ومراقبة الآلات. ومنه يمكن القول أن استغلال مؤسسة ما لتجهيزات الإعلام الآلي في مكان معين، يمكن أن يشكل مؤسسة ثابتة، ولو لم يكن حضور أي عنصر بشري ضروريا بهذا المكان لاستغلال التجهيزات. وهذا حسب التعليق رقم 10 للاتفاقية[2].

– حتى يعتبر الخادم، ومن ثم موقع الانترنت الخاص بالبنك، عبارة عن مؤسسة ثابتة يجب أن لا تكون الأعمال الي يقوم بها تحضيرية أو ثانوية أو مؤقتة، إنما يجب أن تكون هذه المهام أساسية بالنسبة للمؤسسة. ولقد ذكرت الاتفاقية بعض الأعمال التي يمكن أن يقوم بها الخادم والتي تعتبر تحضيرية أو ثانوية، منها: القيام بدور رابط اتصال، كخط الهاتف مثلا، بين المورد و الزبائن. القيام بالإشهار للسلع والخدمات. جمع المعلومات عن السوق لفائدة المؤسسة[3]. غير أن تحديد قائمة الأعمال الثانوية من طرف الاتفاقية، ربما لا يكون في محله ولا يكون صالحا لكل المؤسسات، فبعض الأعمال التي تعتبر ثانوية لمؤسسة معينة قد تعتبر رئيسية لمؤسسة أخرى.

غير أن محاولة تطبيق شروط المؤسسة الثابتة على الخادم ومن ثم على موقع الانترنت الخاص بالبنك مقدم العمليات المصرفية الالكترونية وفقا للشروط السابقة، يعتبر غير ممكنا من الناحية الواقعية، ولهذا يرى البعض أنه بدلا من محالة تطبيق شروط المؤسسة الثابتة المادية على موقع الانترنت الافتراضي غير المادي مع محاولة تكييف هذه الشروط مع الواقع الافتراضي، بدلا منه يمكن البحث عن قواعد وشروط خاصة تطبق على البيئة الإلكترونية دون غيرها[4].

أما لجنة مؤسسات القرض وشركات الاستثمار الفرنسية « CECEI[5] » فقد اعتمدت، في تقرير لها بتاريخ 20 نوفمبر 1998، معيار حرية اتخاذ القرار من دون الرجوع للمؤسسة الأم، من أجل معرفة إن كان النشاط الالكتروني للبنك الأجنبي في فرنسا يدخل في حرية التأسيس أو حرية تواجد المؤسسة أم

---

[1]- commentaire de l'article 5 de la convention modèle, Op cit.
[2]- Mise à jour 2008 du modèle de la convention fiscale, juillet 2008, centre de politique et d'administration fiscales, adoptée par le conseil de l'OEDE le 17 juillet 2008. Sur site : https://www.oecd.org/fr/ctp/conventions/locdeadoptelamiseajour2008dumodeledeconventionfiscale.htm
[3]- Commentaire N° 42.7 de la convention fiscale modèle, version 2008. Op cit.
[4]- Fatima Zahra Boulaich Bayssa, op cit, p 48.
[5]- Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement.

حرية تقديم الخدمات، وذلك نظرا لصعوبة التفرقة بينهما في المجال الالكتروني وظهور الانترنت. وذلك اعتمادا على معايير اللجنة الأوروبية. ومنه يمكن اعتبار أن المنشأة الإلكترونية لها تواجد دائم على التراب الفرنسي، حسب المعيار السابق. أما بالنسبة للمؤسسات التقليدية من غير الالكترونية، فقد كانت اللجنة قد اعتبرت في وقت سابق، مؤسسة ثابتة كل مؤسسة بنكية متواجدة بصفة دائمة على التراب الفرنسي من أجل تقديم عمليات مصرفية في فرنسا، إذا كان الزبون الفرنسي معفى من التوجه مباشرة للمتعامل الأجنبي في الخارج، ويمكنه التعاقد مباشرة في فرنسا.

أما البنك الفرنسي فإنه من خلال الكتاب الأبيض لسنة 2000، قد أعمد مجموعة من المعايير من خلالها يمكن اعتبار أن موقع الانترنت للبنك الأجنبي، متواجد بصفة دائمة في فرنسا. ويرى البنك الفرنسي أن المتعامل المالي الأجنبي يمكن اعتباره مقيم بصفة دائمة بفرنسا، إذا كان لديه موقع انترنت باللغة الفرنسية في فرنسا، مع تحديد موقع خادم هناك، ويقوم بعرض اسم نطاق للعملاء الفرنسيين على شكل « fr. » وبالتالي استهداف العملاء الفرنسيين من خلال تقديم عروض مكيفة مع السوق الفرنسية. وعند التأكد من وجود الموقع الجغرافي في فرنسا يمكن للعملاء الفرنسيين التوجه إلى الخادم الموجود في فرنسا من أجل القيام بالعمليات بطريقة صحيحة مع مقدم الخدمات. عندها فقط يمكن اعتبار الخادم مشابها للحضور الدام لمقدم الخدمات المالية بفرنسا[1].

2- مدى اعتبار القانون الأوربي موقع الانترنت شكلا من أشكال المؤسسة

اشترطت المحكمة الأوروبية في عدة احكام لها التواجد الدائم للعنصر البشري على المنشأة إضافة للوسائل التقنية لاعتبار المؤسسة ثابتة. جاء ذلك في قرار « BERKHOLZ » بتاريخ 1985/07/04، المتعلق بنشاط الباخرة في أعالي البحار، وفي قرار آخر بتاريخ 1986/12/04 متعلق بشركة التأمين الألمانية. ومنه فإن موقع الانترنت الذي يضم فقط البرامج والأجهزة الالكترونية من غير وجود دائم ومستمر للعنصر البشري لا يعتبر مؤسسة ثابتة حسب المحكمة الأوروبية.

ومن جهتها اللجنة الأوروبية في تعليق لها على التوجيه الأوروبي المؤرخ في 20 جوان 1997، حول قانون المؤسسة وشرط التواجد الدائم، أوضحت أنه في المجال المصرفي، بعض الحالات يصعب تصنيفها ضمن فئة حرية تقديم الخدمات أو فئة المؤسسات في المجموعة الأوروبية، ومن هذه الحالات المنشآت الالكترونية الثابتة مثل الشبابيك الالكترونية للبنوك التي تقوم بعض العمليات المصرفية. وأوضحت اللجنة الأوروبية أنه لاعتبار منشأة الكرتونية كمؤسسة ثابتة يجب أن تتوفر على إدارة. ولتجاوز هذه الصعوبة فرقت اللجنة بين حالتين: إذا كانت المنشأة الإلكترونية مرتبطة في نفس الدولة بوكالة أو فرع، في هذه الحالة ترتبط المنشأة الالكترونية بنظام هذه المؤسسة. أما إذا كانت المنشأة الالكترونية هي المركز الوحيد للمؤسسة المصرفية في هذه الدولة، فهي ترتبط بنظام حرية تقديم الخدمات[2]. وفي مجال

[1]- Livre blanc 2000 de la Banque de France, op cit, p 39
[2]- Cité par Fatima Zahra Boulaich Bayssa, op cit, p 51.

التجارة الالكترونية رفضت اللجنة الأوروبية أن تطبق على المنشآت الالكترونية، وبصفة خاصة الشبابيك الالكترونية أو الأقطاب الالكترونية[1]، قانون المؤسسة إلا إذا توافرت الشروط المتمثلة أساسا في، أن تخضع المنشأة الالكترونية لإدارة أو رقابة المؤسسة التي تمثلها، ويمكنها التعاقد باسم المؤسسة، وأن يكون لها إدارة بشرية أو الكترونية.

وفي مجال التأمينات لم تخضع اللجنة الأوروبية موقع الانترنت أو الخادم الخاص بالمؤسسة لقانون المؤسسة، واعتبرت نشاطات التأمين التي تتم عن طريق تقنيات الاتصال عن بعد وخاصة عن طريق التجارة الإلكترونية خاضعة لنظام حرية تقديم الخدمات[2].

من جهته قانون للتجارة الالكترونية الأوروبي اعتمد نفس المعايير التي جاءت بها المحكمة الأوروبية، السابقة الذكر، نص على ذلك الاعتبار رقم 19 من التوجيه الأوروبي 2000-31 المتعلق بالتجارة الإلكترونية[3].

ثانيا- موقع الانترنت يمثل حرية تقديم الخدمات

توسع مفهوم حرية تقديم الخدمات « la libre prestation des services » مع توسع وانتشار استعمال الأنترنت لتقديم مختلف الخدمات ومنها العمليات المصرفية والمالية.

ويقصد بمفهوم حرية تقديم الخدمات المالية والمصرفية على مستوى دول الاتحاد الأوربي، العملية التي بمقتضاها يمكن للبنوك والمؤسسات المالية تقديم خدمات مصرفية في دولة أوروبية غير الدولة التي يتواجد بها مقرها الاجتماعي، ومن غير التواجد الدائم على أرض الدولة العضو. لكن لابد للمؤسسة البنكية التي ترغب في تقديم العمليات المصرفية بهذه الطريقة أن تتوفر على الشروط التي تمكنها من ذلك وفقا لما حدده القانون الأوربي. فما مدى إمكانية تطبيق هذه الشروط على موقع الانترنت الخاص بالبنك الالكتروني أو البنك مقدم الخدمات المصرفية الالكترونية؟

يتميز القيام بالعمليات المصرفية من طرف البنوك الأوروبية، بطريقة حرية تقديم الخدمات ضمن الاتحاد الاوروبي، بميزتين أساسيتين: أن تكون هذه الخدمات عابرة للحدود، وأن تكون مؤقتة. ويقصد بالقيام بالخدمات العابرة للحدود، تقديم هذه الخدمات في دولة عضو بالاتحاد الاوروبي من غير وجود منشأة ثابتة للبنك في هذه الدولة، فهو مقيم بدولة أوروبية أخرى. ومنه غياب الارتباط الجغرافي الذي يعتبر شرطا أساسيا في هذه الطريقة لتقديم الخدمات. فالمؤسسة في هذه الحالة تقدم خدماتها على الأقل في دولتين، الدولة التي يتواجد فيها مقرها الرئيسي و دولة أوروبية أخرى.

[1]- Guichets électroniques, ou Bornes électroniques.

[2]- « Les activités d'assurances exercées par des techniques de communication à distance, en particulier, par le biais du commerce électronique, doivent être considérées comme des activités d'assurance exercées en régime de libre prestation de services ». Communication interprétative sur la libre prestation des services dans le secteur d'assurance, du 16 février 2000.

[3]- Considérant 19 : « Le lieu d'établissement d'un prestataire devrait être déterminé conformément à la jurisprudence de la Cour de justice, selon laquelle le concept d'établissement implique l'exercice effectif d'une activité économique au moyen d'une installation stable et pour une durée indéterminée »

الميزة الثانية لحرية تقديم الخدمات، أن تكون هذه الخدمات مؤقتة أي غير مستمرة وغير ممتدة في الزمن. ولقد حددت المحكمة الأوروبية خصائص هذه الميزة في قرار لها بتاريخ 30 نوفمبر 1995، بأنها مقدرة حسب الزمن، وبحسب تواترها أو عدد مرات تكرارها وبدوريتها وباستمرارها[1]. غير أن هذه المعايير في حقيقة الأمر يصعب تحديدها والاتفاق عليها، فهي مرتبطة أساسا بقدرات المؤسسة وبطبيعة الخدمة المالية المقدمة.

غير أن خصوصية موقع الانترنت الذي يمكن الدخول إليه من جميع بقاع العالم، وحتى من الأماكن التي لا يرغب البنك فيها تقديم الخدمات المالية، جعل المحكمة الأوروبية تقول أن مجرد إمكانية الدخول لموقع الانترنت للمؤسسة لا يكفي لوحده لتحديد حرية تقديم الخدمات. ومنه لمعرفة ما إذا كان موقع الانترنت يمثل شكلا من أشكال حرية تقديم الخدمات، بل يجب البحث عن نية مقدم الخدمات في توجيه نشاطه لفئة معينة من الزبائن أو لدولة أو عدة دول. ومن ثم تم وضع شبكة من المعايير بتوفرها يمكن القول أن البنك يقوم بحرية تقديم الخدمات المالية على الخط، حسب معيار شريحة الزبان المقصودة.

وفي هذا قدمت لجنة عمليات البورصة الفرنسية شبكة من المعايير من أجل تحديد الجمهور المستهدف من طرف موقع الانترنت للبنك أو المؤسسة المالية[2]، حيث يجب توفر المعايير التالية في نفس الوقت: محتوى المعلومات المتاحة على الموقع، اللغة المستعملة، خريطة الموقع، الروابط المقدمة من طرف الشركة بين موقعها والمواقع الأخرى، شروط قبول الطلبات من الدول الأخرى.

من جهة أخرى قدم البنك الفرنسي شبكة من المعايير من أجل تحديد الحالات التي تمثل حرية تقديم الخدمات البنكية، يمكن أجمال هذه المعايير في: القيام بالعمليات المصرفية والمالية عن بعد عن طريق موقع الانترنت للبنك، من دون وجود علاقة تعاقدية سابقة بين البنك والعميل على مستوى الوكالة. وأن يتم تقديم عروض الخدمات عن طريق مراسل في دولة العميل. وأن يتمكن من الوصول إلى موقع البنك عن طريق بوابات مثبتة في دولة العميل. وأن يتم عرض موقع الانترنت بلغة العميل. وأن يستخدم البنك اسم نطاق يشير إلى أنه متواجد بدولة الزبون. مع إشارة البنك الفرنسي إلى أن هذه المؤشرات هي على سبيل الذكر وليس على سبيل الخصر، ويمكن أن تتغير مع التطور التكنولوجي الحاصل في هذا الميدان[3].

بقي أن نشير إلى نوعي عروض الخدمات التي تقدمها المؤسسات البنكية على شبكة الانترنت، عروض الخدمات الإيجابي وعرض الخدمات السلبي. حيث يكون العرض إيجابيا عندما يوجه البنك

[1]- Cité par Fatima Zahra Boulaich Bayssa, op cit, p 60.
[2]- Recommandation de la commission des opérations de bourse N° 99-22.
[3]- Livre blanc 2000, Op cit, p42.

عروضه لجمهور معين في دولة أخرى، و يقوم بالمبادرة بالاتصال بهم من غير طلبهم. ويكون العرض سلبيا عندما تكون المبادرة من طرف الزبون، ويقوم هو بالاتصال بالبنك.

في الأخير يمكن القول أنه من الصعب تكييف موقع الانترنت للبنك القائم بالعمليات المصرفية الإلكترونية على أنه مؤسسة وفقا لشروط المؤسسة الثابتة التي ذكرنا سابقا، كما لا يمكن القول أنه من قبيل حرية تقديم الخدمات، وفقا لشروط هذه الأخيرة، وإنما نجده يجمع بين شروط هذه وتلك.

المطلب الثاني

تأمين العمليات المصرفية الالكترونية

لعل أكبر عائق يواجه تقديم البنوك للعمليات المصرفية الالكترونية هو المخاطر الأمنية التي تحيط بها والطرق الكفيلة بتوفير الحماية اللازمة لها. فهذه العمليات المالية الهامة تجرى في فضاء الكتروني افتراضي مفتوح تتهدده مخاطر كثيرة قد يكون مصدرها أيا كان يمكنه الدخول إلى الشبكة الالكترونية. هذا إضافة للمخاطر الأخرى التي تصاحب تقديم العلميات المصرفية العادية أو التقليدية. نتناول تأمين العمليات المصرفية الالكترونية من خلال التطرق لمخاطر هذه العمليات ومبادئ إدارتها في فرع أول، ثم التطرق لتأمين عمليات الدفع الالكتروني على الخط، في فرع ثان.

الفرع الأول

مخاطر العمليات المصرفية الالكترونية ومبادئ إدارتها

ليست التحديات والمخاطر التي تواجهها المصارف وعلى مختلف مستوياتها مرحلة ثابتة وواضحة يمكن للمصرف أن يتعلمها ويكشف أسرارها ويتقنها ومن ثم تنقضي، بل هي عمليات مستمرة ومتعددة ودائبة التطور ومختلفة من وقت لآخر، وجدت هذه المخاطر بوجود النشاط المصرفي، واستمرت معه بتطور الوسائل والتقنيات المستعملة[1]. ومن ثم مخاطر العمليات المصرفية تعتبر من أهم التحديات التي يجب على البنك العمل على حسن إدارتها والتحكم فيها، وتزداد هذه المخاطر وتعظم على العمليات المصرفية التي تتم في البيئة الالكترونية المفتوحة.

أصدرت لجنة بازل للرقابة المصرفية، المبادئ الأساسية للرقابة المصرفية الفعالة، كمساهمة منها في تقوية النظام المالي العالمي، بعد سلسلة من التنقيحات والمراجعات، جاء آخر تعديل لهل بتسع وعشرين مبدأ[2]. وترى اللجنة أن تطبيق كافة الدول للمبادئ الأساسية سيشكل خطوة مهمة نحو تعزيز الاستقرار المالي على الصعيدين المحلي والدولي، وسيوفر منطلقا جديدا لتعزيز تطوير الأنظمة الرقابية الفعالة. وقد اقرت الغالبية العظمى من الدول هذه المبادئ الأساسية وطبقتها[3].

---

[1]- إلياس ناصيف وبول مرقص، المصارف العربية في مواجهة التحديات القانونية الدولية، الطبعة الأولى، المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، جامعة الدول العربية، بيروت، 2019، ص 14.

[2]- الترجمة العربية للمبادئ الأساسية للرقابة المصرفية الفعالة الصادرة عن لجنة بازل للرقابة المصرفية سبتمبر 2012، ترجمة اللجنة العربية للرقابة المصرفية التابعة لمجلس محافظي المصارف المركزية ومؤسسات النقد العربية، صندوق النقد العربي، سنة 2014.

[3]- الفقرة 29 من المبادئ الأساسية للرقابة المصرفية الفعالة الصادرة عن لجنة بازل، مرجع أعلاه.

تتمثل أهم المخاطر التي تهدد العمليات المصرفية، حسب لجنة بازل في: مخاطر التشغيل، مخاطر السمعة، المخاطر القانونية، ومخاطر أخرى منها مخاطر الائتمان ومخاطر السيولة ومخاطر السوق. كما أصدر البنك المركزي المصري سنة 2002، وثيقة الضوابط الرقابية للعمليات المصرفية الالكترونية وإصدار وسائل الدفع الالكترونية[1]، حيث نصت هذه الضوابط على بعض من هذه المخاطر، وذكرت المخاطر الاستراتيجية ومخاطر المعاملات ومخاطر الالتزام ومخاطر أمن المعلومات ومخاطر السمعة. ومن جهتها مؤسسة النقد العربي السعودي أصدرت سنة 2010، قواعد الخدمات المصرفية الالكترونية[2]، نصت فيها على مخاطر الصيرفة الالكترونية، وأعطت مبادئ إدارة هذه المخاطر.

ومن جهته التقرير السنوي للجنة المصرفية الفرنسية[3] لسنة 1999، ذكر لأول مرة في ملحق خاص، الأخطار التي تتهدد البنوك وشركات الاستثمار عند القيام بالعمليات والخدمات المصرفية عن طريق "البنك عن بعد" أي « la banque à distance »، وأورد ثلاثة أنواع من المخاطر التي يجب أن تواجهها هذه البنوك وهي، المخاطر القانونية، المخاطر المالية، والمخاطر التشغيلية. هذه المخاطر تم تفصيلها في ما بعد في الكتاب الأبيض الذي اصدره البنك الفرنسي سنة 2000. وتم إضافة للمخاطر السابقة، إضافة عنصر المخاطر الواقعة على الزبائن وعلى المؤسسات[4]. نتناول في هذا الفرع مخاطر العمليات المصرفية الالكتروني، أولا، ومبادئ إدارة هذه الخاطر، ثانيا.

أولا- مخاطر العمليات المصرفية الالكترونية

نوضح في ما يلي أهم المخاطر التي تهدد العمليات المصرفية الالكترونية، والتي تناولتها مختلف الوثائق السابقة:

أ- المخاطر الأمنية

تعد المخاطر الأمنية من أهم وأخطر القضايا التي تشغل بال وفكر القائمين على البنوك الالكترونية وإدارة العمليات المصرفية الالكترونية على شبكة الانترنت، وذلك لسببين أساسيين[5]:

السبب الأول يتمثل في الطبيعة الخاصة للنشاط المصرفي على شبكة الانترنت، والذي تتطلب فيه دواعي الأمن درجة عالية من الاحتياط، نظرا للطبيعة المالية التي يقوم عليها النشاط المصرفي، والتي يزيد في ظلها الحرص على اعتبارات السرية والخصوصية. حيث يرتبط عمل البنك وتقديمه للخدمات المصرفية الالكترونية، على الحفاظ عليها وإدارتها باستمرار، وذلك لأنها تهدد سمعة البنك. ولقد اعتبرتها لجنة بازل من أكثر المخاطر التي يجب إدارتها.

[1]- الضوابط الرقابية للعمليات المصرفية الإلكترونية وإصدار وسائل الدفع الالكترونية، على موقع البنك المركزي المصري: https://www.cbe.org.eg/ar/Pages/default.aspx

[2]- قواعد الخدمات المصرفية الالكترونية، صادرة عن إدارة التقنية البنكية لمؤسسة النقد العربي السعودي سنة 2010، على الموقع: http://www.sama.gov.sa/ar-sa/Pages/default.aspx

[3]- Rapport de la commission bancaire pour l'année 1999. Sur site : https://www.banque-france.fr/fileadmin/user_upload/banque_de_france/archipel/commission_bancaire/cb_ra.html#cbra2007

[4]- Livre blanc 2000, Op cit, 74.

[5]- علاء التميمي، مرجع سابق، ص 235.

ويتمثل السبب الثاني في هيمنة البرامج والوسائل التقنية والالكترونية على تشغيل البنك وربطه بالأنترنت أو مختلف الشبكات، والقيام بمختلف العمليات المصرفية الإلكترونية. ويرتبط بهذا هيمنة العاملين لدى البنك ومقدمي هذه البرامج ومسيري مختلف الشبكات، على هذا النوع من العمليات المصرفية. ويضاف إلى كل هذا البيئة المفتوحة على العالم بأسره، التي تدار فيها العمليات والخدمات المصرفية الالكترونية. ومنه فإن أكبر تهديد في مجال المخاطر الأمنية مصدره بشري.

من جهة أخرى يمكن تقسيم هذه التهديدات البشرية من حيث مصدرها إلى تهديدات داخلية وتهديد خارجية[1].

التهديد الداخلي مصدره العاملين لدى البنك، الذين يشكلون مصدرا كبيرا للمخاطر الأمنية، فالعامل لدى البنك بحكم طبيعة عمله يستطيع الدخول إلى برامج البنك والاطلاع على ما بها من بيانات، والقيام بالتغيير الذي يريد من إضافة وحذف للبيانات. ويأخذ حكم العامل كل من يتعامل مع البنك من مقدمي خدمات الإيواء وخدمات الاتصال وغيرهما. ورغم أن الدخول لمختلف أنظمة البنك الالكترونية يتطلب منح العاملين كلمة المرور التي تمكنهم من ذلك، إلا أن هذه الفئة تبقى مصدر تهديد كبير.

أما التهديد الخارجي الذي يهدد العمليات المصرفية الالكترونية فمصدره كل المتعاملين مع شبكة الانترنت من أصحاب النوايا الخبيثة، من قراصنة الانترنت سواء كانوا محترفين أو هواة. ومن هذه التهديدات الدخول غير المشروع للنظام الإلكتروني للبنك وسرقة البيانات الخاصة بالزبائن أو تعديلها أو تخريبها والعبث بها، أو تقليد مواقع البنوك مما يتسبب في خداع المتعاملين معه، أو إدخال فيروسات في النظام الالكتروني للبنك، وغيرها من الأعمال الاجرامية التي يمكن أن يكون النظام الالكتروني للبنك الذي يدير العمليات المصرفية ووسائل الدفع مسرحا لها. وتشير بعض الدراسات إلى أن المخاطر الأمنية التي مصدرها التهديد الداخلي تشكل أكبر التهديدات التي تصيب البنوك الالكترونية او البنوك العاملة على الانترنت[2].

ب- المخاطر القانونية

تُعرّف المخاطر القانونية بالنسبة للبنوك العاملة على شبكة الانترنت أو البنوك المقدمة لخدماتها بطريقة الكترونية، على أنها: "عبارة عن حالة من عدم التوافق بين التشريعات والعادات المستقرة والمعايير الأخلاقية، وبين نظام عمل البنك، وذلك على نحو يجعل تعاملات البنك مع عملائه يشوبها الغموض وعدم الاستقرار"[3].

وتقع هذه المخاطر في حالة انتهاك القوانين أو القواعد أو الضوابط المقررة خاصة تلك المتعلقة بمكافحة عمليات غسيل الأموال أو انتهاك الخصوصية أو السرية، أو المتعلقة بالضرائب، أو نتيجة عدم

[1]- المرجع نفسه، ص 237.
[2]- حوالف عبد الصمد، مرجع سابق، ص 435.
[3]-نقلا عن علاء التميمي، مرجع أعلاه، ص 242.

التحديد الواضح للحقوق والالتزامات القانونية الناتجة عن العمليات المصرفية الالكترونية. ومن ذلك عدم وضوح مدى توافر القواعد القانونية الموجهة لحماية المستهلكين في بعض الدول، أو عدم المعرفة القانونية لبعض الاتفاقيات المبرمة باستخدام وسائل الوساطة الالكترونية[1].

وتعتبر المخاطر القانونية من أهم الخاطر التي تؤرق المتعاملين في التجارة الإلكترونية عموما والخدمات المصرفية والمالية خصوصا. ومصدر هذا القلق هو التطور التكنولوجي ومفرداته وانعكاساته السلبية، في بعض الاحيان، على المتعاملين في الفضاء الالكتروني الافتراضي.

حيت تسببت التكنولوجيا في إحداث طفرات كبيرة وتغييرات جذرية في حياة الناس المدنية والتجارية، ومنها أساليب تقديم الخدمات المصرفية، وانعكاسها المباشر على التنظيم القانوني الخاص بهذه الخدمات أو العمليات. ولقد أصبحت معظم القواعد التقليدية غير قادرة على استيعاب هذه المستجدات. كما أن هذه التكنولوجيا تتميز بالتطور المستمر والسريع والمتلاحق، الذي قد يعجز المشرع على اللحاق به، بسبب بطء إقرار القاعدة القانونية. ومن ثم عدم قدرة القوانين على ملاحقة التطورات التقنية والفنية في ميدان البنوك الالكترونية، واستيعاب الفرص المختلفة التي تتيحها هذه التطورات.

هذه الاعتبارات تؤدي في النهاية إلى مخاطر قانونية نتيجة عدم وجود نصوص قانونية ترعى وتحمي المتعاملين بالعمليات المصرفية الالكترونية وأدوات الدفع الالكترونية. ومن هنا فلا تكفي الحماية التقنية أو الفنية التي توفرها مختلف البرامج بل يجب توفير الحماية القانونية في شقيها المدني والجزائي.

ج- المخاطر التشغيلية

عُرفت المخاطر التشغيلية في نظام عمل البنوك العاملة عبر شبكة الانترنت من قبل تقرير لجنة بازل للبنوك الالكترونية، بأنها عبارة عن احتمالية الخسارة بسبب ضعف كبير في الثقة وسلامة النظام[2]. ومنه فالمخاطر التشغيلية هي التهديدات الناجمة عن سوء إدارة البنك للنظام الالكتروني وتشغيله على شبكة الانترنت.

وتتمثل هذه المخاطر في الاحتيال أو الأخطاء في تنفيذ العمليات أو الخلل في عمل النظام أو قدرته على إدارة مختلف الأجهزة والوسائل التكنولوجية والتطبيقات الالكترونية للبنك، أو مختلف الأحداث غير المتوقعة التي قد تؤدي إلى عدم قدرته على تقديم الخدمات المصرفية عن بعد، أو تعرض البنك أو عملائه لخسارة مالية[3].

ولقد ذكر ملحق التقرير السنوي للجنة المصرفية الفرنسية لسنة 1999، أن الأخطار التشغيلية لها أبعاد كثيرة ومتنوعة منها: تأمين نظام الإعلام الآلي للبنوك، أمن التحويلات المالية الإلكترونية، ومخاطر تبييض الأموال التي تنتج عنها مخاطر السمعة على المؤسسة المالية. أما المخاطر الخصوصية

[1]- الضوابط الرقابية للعمليات المصرفية الالكترونية وإصدار وسائل الدفع الالكترونية المصرية، مرجع سابق، ص 6.

[2]- نقلا عن علاء التميمي، مرجع سابق، ص 249.

[3]- البند 2-1، فقرة 03 من قواعد خدمات الدفع باستعمال الهاتف المحمول، الصادرة عن البنك المركزي المصري، ، مرجع سابق.

المتعلقة باستعمال الأنترنت كوسيلة لتقديم العمليات المصرفية والمالية، فهي أزمة الثقة الناتجة عن فقدان المصداقية من طرف كل الجمهور وليس فقط من طرف الزبائن. ويكون هذا ناتج عن اختلال في النظام الإلكتروني أو مشاكل تقنية[1].

وقد تؤدي هذه المخاطر إلى توقف النظام وعدم قدرته على حفظ البيانات، والمحافظة على الوضع التنافسي، وإدارة المعلومات. ولتقديم الخدمات المصرفية الالكترونية قد تعتمد البنوك على عملية اسناد مهام ذات طابع فني أو تقني لشركات برمجيات خارجية. حيث اعتبر تقرير اللجنة المصرفية السابق الذكر، هذا من المخاطر التشغيلية التي تتطلب وضع تنظيم محكم لمتابعة العلاقات بين البنك ومختلف هذه الشركات[2].

تتطلب المصارف التي تقوم بالعمليات المصرفية بطريقة الكرتونية أنظمة ملائمة لإدارة المعلومات والسعة المناسبة لأجهزة التخزين لخدمة عملائها. ويعتبر من الضروري بالنسبة للبنوك تخطيط وإدارة حالة الطوارئ واستئناف العمل لضمان قدرتها على تقديم الخدمات في الأحوال والظروف المناسبة[3].

د- المخاطر المالية

تتشابه المخاطر المالية في العمليات المصرفية الالكترونية مع المخاطر المالية للعمليات المصرفية التقليدية، في معظم الحالات، ومع ذلك فقد تشكل الطريقة الالكترونية التي تقدم بها العمليات مخاطر ائتمانية معينة للمؤسسات البنكية، التي يجب أن توليها عناية فائقة، خاصة في ظل الأسواق المالية المتقلبة.

من هذه المخاطر المالية ما يتعلق بسوق الأوراق المالة وعملية التسوية، فبموجب القانون الفرنسي، مثلا، يمكن لعملاء البنوك الحصول على تمويل لمشترياتهم إذا كان لديهم 20% من المبلغ نقدا، أو 40% على شكل سندات، وفي حالة إفلاس العميل يتحمل البنك أو الوسيط المالي المخاطر. وعندما تتم هذه العمليات بطريقة الكترونية فإن حجم المخاطر يزداد على البنوك، وذلك بسبب السرعة التي يجب أن يتم بها معالجة هذه العمليات عن طريق الانترنت. ومنه يجب على البنوك الالكترونية تقييم قيمة المخاطر على الزبائن في أقصر وقت ممكن[4].

ثانيا- إدارة مخاطر العمليات المصرفية الالكترونية

تشمل إدارة المخاطر، حسب ما جاء في الضوابط الرقابية للعمليات المصرفية الالكترونية، الصادر عن البنك المركزي المصري سنة 2002، على تحديد المخاطر التي قد يتعرض لها البنك، أو العميل، ومدى تأثيرها عليه. وكذا وضع حدود قصوى لما يمكن للبنك أن يتحمله من خسائر نتيجة التعامل مع هذه المخاطر.

---

[1]- Rapport de la commission bancaire pour l'année 1999, op cit, p 172.
[2]- Rapport de la commission bancaire pour l'année 1999, op cit, p 173.
[3]- قواعد الخدمات المصرفية، الصادرة مؤسسة النقد العربي السعودي، مرجع سابق، ص17.
[4]- Rapport de la commission bancaire année 1999, op cit, p 172.

وتشمل الرقابة على التعرض للمخاطر حسب الضوابط السابقة، تنفيذ سياسات وإجراءات التأمين. وتدعيم الاتصال بين مختلف المستويات الإدارية للبنك والعاملين، بشأن سلامة أداء التنظيم. وكذا توفير التدريب المستمر للعاملين، واستمرار تقديم وتطوير الخدمات. وكذا وضع ضوابط للحد من المخاطر في حالة الاعتماد على مصادر خارج البنك لتقديم الدعم الفني. كما تشمل هذه الرقابة أيضا إعداد مخطط الطوارئ، وإحاطة العملاء عن كيفية استعمال الخدمات والعمليات المصرفية الالكترونية[1].

من جهتها قواعد الخدمات المصرفية الالكترونية الصادرة عن مؤسسة النقد العربي السعودي نصت على أربعة طرق ضمن أربعة مراحل لإدارة المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها البنوك بمناسبة القيام بالعمليات المصرفية الالكترونية. هذه الطرق هي: تحديد المخاطر، تحليل المخاطر وتحديد حجمها، معالجة المخاطر، ومتابعة المخاطر ومراجعتها[2].

ومن جهته الكتاب الأبيض الصادر عن البنك الفرنسي سنة 2000، أوضح أن البنك الذي يقوم بتقديم العمليات المصرفية على الانترنت يجب عليه أن يحدد استراتيجيته التجارية للعمل على الأنترنت. من خلال وثيقة يتم المصادقة عليها من طرف هيئاته الرقابية والتنفيذية، يتم فيها تفصيل مخطط تطوير العمل، في ما يخص الخدمات المقدمة، الزبائن، حجم النشاطات والمردودية، مع الأخذ بعين الاعتبار عوامل المخاطر التقنية والتجارية، وهذا بناء على قواعد وفرضيات الوقاية. كما يجب أن تحدد المؤسسة المالية المبالغ المالية اللازمة لاستمرارية النشاط في حالة الأزمات التقنية أو التجارية[3].

كما يجب على المؤسسة المالية التي تقدم العمليات المصرفية الإلكترونية أن تأخذ بعين الاعتبار على الأقل ثلاثة أنواع من المخاطر والأزمات: المخاطر التجارية الناتجة عن السقوط الكبير للمنتجات البنكية الصافية، المخاطر المتعلقة بصورة المؤسسة وسمعتها بسبب المشاكل التقنية، والمخاطر التقنية الناتجة عن عدم تجاوب النظام في مواجهة النشاط المتزايد. ويفضل أن تقوم البنوك والمؤسسات المالية بتحيين هذه الوثيقة المتعلقة بالاستراتيجية التجارية ومناقشتها في كل مرحلة.

ولقد فصل الكتاب الأبيض الصادر عن البنك الفرنسي، السابق ذكره، في إدارة بعض المخاطر الأساسية المتعلقة بالقيام بالعمليات المصرفية الالكترونية، منها إدارة المخاطر القانونية، إدارة مخاطر تبييض الأموال، والمخاطر والإشكالات المتعلقة بتحصيل الضرائب، نظرا لأهميتها في حماية العمليات المصرفية الالكترونية نوجزها في ما يلي:

أ- العمليات المصرفية الالكترونية وإدارة المخاطر القانونية

تتطلب تقديم العمليات المصرفية الالكترونية من طرف البنوك والمؤسسات المالية بطريقة سليمة إدارة جيدة ودقيقة للمخاطر القانونية السابقة الذكر، وعليها وقبل الشروع في بداية النشاط في دولة معينة

---

[1]- الضوابط الرقابية للعمليات المصرفية الالكتروني، الصادرة عن البنك المركزي المصري، مرجع سابق، ص 8.

[2]- قواعد الخدمات المصرفية الإلكترونية الصادرة عن مؤسسة النقد العربي السعودي، مرجع سابق، ص18.

[3] - Livre blanc 2000, Internet quelles conséquences prudentielles, op cit, p 90.

أو توجيه النشاط لجمهور يخضع لقانون هذه الدولة، دراسة الإطار القانوني، إذ يجب علي هذه المؤسسات، على الخصوص، معرفة الإطار القانوني للقيام بهذه العمليات في الدولة أو مجموعة الدول، والتحكم في عمليات التوثيق، وكذا التحكم في وسائل الاثبات والمراقبة لمختلف العمليات المنجزة على موقع الأنترنت الخاص بالبنك.

1- معرفة الإطار القانوني للقيام بالعمليات المصرفية الإلكترونية

إن تقديم العمليات المصرفية الالكترونية عن طريق الانترنت أو مختلف الشبكات الالكترونية، يتطلب من المؤسسة التي ترغب في ذلك القيام بدراسة قانونية للدولة التي ستقدم فيها هذه العمليات، ويجب أن تشمل هذه الدراسة على الأقل الجوانب التالية[1]:

- بالنسبة لكل منتوج مصرفي، القواعد المتعلقة بممارسة النشاط، خاصة في ما يتعلق بالحصول على الاعتماد ومختلف الترخيصات المطلوبة من طرف الدولة. وعندما تشترط القوانين الداخلية للدولة شروطا خاصة للقيام ببعض العمليات المعينة أو للوصول إلى شريحة معينة من الزبائن، يجب أن تشمل الدراسة طريقة توفير هذه الشروط وطريقة تقديم هذه العمليات، أو طريقة تجنب الوصل إلى هذه الفئة.
- يجب معرفة قواعد الأهلية الخاصة بالأشخاص الطبيعية أو المعنوية، التي تمكنهم من القيام بمختلف العمليات المصرفية الإلكترونية.
- الشروط الشكلية للقيام بهذه العمليات، شروط وإمكانية فتح الحسابات المصرفية عن بعد مثلا.
- النظام القانوني الخاص بحماية الزبائن، لا سيما قانون حماية المستهلك، الحق في الاعلام، الحق في العدول وغيرها.
- القواعد الخاصة بالنظام العام، و النظام الضريبي للدولة.

معرفة هذه القواعد تمكن البنك من حسن صياغة نموذج للعقود الالكترونية لمختلف العمليات المصرفية مع الزبائن، ومدى الخدمات المصرفية الممكن تقديمها، مجرد موقع إعلامي إشهاري للخدمات المصرفية، أو موقع بنك الكتروني يقدم كل العمليات المصرفية المتاحة في الدولة.

2- التحكم في عمليات التوثيق

البنوك والمؤسسات المالية التي تقوم بالعمليات المصرفية بطريقة الإلكترونية، تكون مسؤولة أكثر من غيرها عن الاستعلام عن هوية الزبائن بمناسبة القيام بمختلف العمليات عن بعد. وعدم احترام الإجراءات الواجبة في هذا الإطار يعرضها لعقوبات إدارية وممكن جزائية.

وفي هذا تنص المادة 07 من القانون 05-01 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الارهاب ومكافحتهما[2] على ضرورة تأكد البنوك من هوية الأشخاص قبل فتح الحساب المصرفي: "يتم

---

[1] - Livre blanc 2000, Internet quelles conséquences prudentielles, op cit, p 98.

[2]- القانون رقم 05-01، مؤرخ في 6 فيفري 2005، متعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الارهاب ومكافحتهما، ج ر قم 11 بتاريخ 9 فيفري 2005.

التأكد من هوية الشخص الطبيعي بتقديم وثيقة رسمية أصلية سارية الصلاحية متضمنة الصورة، ومن عنوانه بتقديم وثيقة رسمية تثبت ذلك"[1]. وأضافت نفس المادة: "ويتم التأكد من هوية الشخص المعنوي بتقديم قانونه الأساسي وأية وثيقة تثبت تسجيله أو اعتماده وبأنه له وجودا فعليا أثناء اثبات شخصيته"[2]. إلا أن هذه الشروط جاءت في العمليات المصرفية، العادية أي بمناسبة تقدم الزبون للوكالة البنكية لفتح حساب مصرفي، ولم يشر القانون لإمكانية فتح حساب مصرفي عن بعد، ومن ثم لم يحدد الشروط أو الوثائق اللازمة لذلك.

وبصدور القانون 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الالكترونيين[3]، وتنظيمه لعملية التوقيع الإلكتروني ومختلف الآليات اللازمة لإنشائه والتحقق منه، وكذا تنظيمه للتصديق الالكتروني والنظام القانوني لتأديته والشهادات الملحقة ومختلف السلطات المتدخلة في القيام به، وجب على البنوك والمؤسسات المالية الجزائية أو الأجنبية التي ترغب في القيام بالعمليات المصرفية الإلكترونية الالتزام بمختلف بنود هذا القانون في مختلف عمليات التوثيق للتأكد من هوية الزبائن[4].

3- التحكم في وسائل الاثبات والمراقبة الالكترونية

يجب على البنوك والمؤسسات المالية التي ترغب في القيام بالعمليات المصرفية الالكترونية على الأنترنت، وحتى تتجنب المخاطر القانونية الناتجة عن النزاعات المحتملة مع الزبائن، أن تراعي القواعد القانونية لهذا الفضاء الافتراضي في ما يعلق بعناصر الإثبات الخاصة بمختلف العقود الالكترونية أو العمليات المصرفية ذاتها.

وعلى هذا يجب على هذه المؤسسات بمناسبة القيام بالعمليات المصرفية الالكترونية، أن تحتفظ بكل عناصر الاثبات في مواجهة الغير، وتتأكد أنها متوفرة ومحفوظة بطريقة آمنة وسرية يمكن الوصول أيها في أية وقت، وبكيفية أو على دعامة تجعلها مقبولة من طرف القضاء الوطني[5].

كما يجب على هذه المؤسسات أن تحتفظ بمختلف العقود أو الوثائق والمراسلات القانونية، المرسلة من طرفها أو المرسلة من طرف الزبائن بطريقة الكترونية، مسجلة ومحفوظة بطريقة يمكن استخراجها في أي وقت وبكيفية تجعلها مقبولة من طرف الغير.

وبمناسبة اعتراف المشرع الجزائري بالكتابة الإلكترونية وبالتوقيع الالكتروني، واعتبارهما مماثلين للكتابة الورقية والوقيع الخطي، من خلال تعديل القانون المدني لسنة 2005، وبعد صدور قانون التوقيع والتصديق الالكترونيين، يتعين على البنوك التي ترغب في القيام بهذه العمليات المصرفية، التحكم في

[1]- المادة 7 فقرة 2 من القانون 05-01، أعلاه.
[2]- المادة 7 فقرة 3 من القانون 05-01، اعلاه.
[3]- القانون رقم 15-04، مؤرخ في أول فيفري 2015، محدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع و التصديق الالكترونيين، ج ر رقم 06 بتاريخ 10 فيفري 2015.
[4]- نفصل في الإجراءات الخاصة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، بمناسبة الحديث عن عقود العمليات المصرفية الإلكترونية.
[5]- Livre blanc 2000 de la banque de France, op cit, p 101.

مختلف الوثائق القانونية والتعاقدية وأدلة الاثبات الإلكترونية، في مواجهة الغير، وإمكانية إعادة استخراجها وتقديمها في أي وقت.

ب- العمليات المصرفية الإلكترونية ومخاطر تبييض الأموال

عرف القانون 05-01 المتعلق بتبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما، تبييض الأموال على أنه: "تحويل الممتلكات أو نقلها مع علم الفاعل بأنها عائدات إجرامية، بغرض إخفاء أو تمويه المصدر غير المشروع لتلك الممتلكات أو مساعدة أي شخص متورط في ارتكاب الجريمة الأصلية التي تحصلت منها هذه الممتلكات، على الإفلات من الآثار القانونية لأفعاله"[1].

ويعتبر تبييضا للأموال ايضا حسب القانون 05-01 "إخفاء أو تمويه الطبيعة الحقيقية للممتلكات أو مصدرها أو مكانها أو كيفية التصرف فيها أو حركتها أو الحقوق المتعلقة بها، مع علم الفاعل أنها عائدات إجرامية"[2].

ولقد بين القانون 05-01 الدور الكبير للبنوك والمؤسسات المالية في الوقاية من جريمة تبييض الأموال من خلال التأكد من هوية وعنوان الزبائن قبل فتح الحساب، سواء كانوا أشخاصا طبيعيين أو أشخاصا معنويين. وكذا ضرورة الاستعلام عن مصدر الأموال غير المبررة أو التي لا تستند إلى مبرر اقتصادي، ووجهتها وكذا محل العملية وهوية المتعاملين الاقتصاديين. كما أمر القانون البنوك بضرورة الاحتفاظ وبالوثائق المتعلقة بهوية الزبائن والعمليات المصرفية الخاصة بهم، خمس سنوات على الأقل بعد غلق الحساب[3].

ومن أجل الوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب منع القانون 05-01 كل المعاملات المالية نقدا للمبالغ الكبيرة خارج الأطر البنكية، ونصت المادة 06 منه على أنه يجب أن يتم دفع كل مبلغ، يحدده التنظيم، بواسطة القنوات البنكية و المالية.

ورغم الدور الكبير الذي أعطاه القانون للبنوك والمؤسسات المالية الجزائرية في الوقاية من تبييض الأموال، إلا أنه لم يتضمن أية إشارة للوقاية من هذه الجرائم بمناسبة القيام بالعمليات المصرفية الالكترونية، وهذا في ظل الانتشار الكبير للجرائم المالية الالكترونية نتيجة انتشار استعمال وسائل الدفع الالكترونية خاصة على المستوى الدولي. وعليه يمكن القول، بصفة أولية، أن القانون الجزائري لا يوفر الحماية الكافية من جرائم تبييض الأموال بمناسبة القيام بالعمليات المصرفية الالكترونية.

تعتبر من أهم نقاط الضعف التي يمكن أن تتم من خلالها عمليات تبييض الأموال بمناسبة القيام بالعمليات المصرفية الالكترونية، عند عملية فتح الحساب المصرفي عن بعد، حيث أن معظم البنوك الاجنبية تعتمد هذه الطريقة، وحيث يصعب التحقق من هوية الزبون، فقد لا تكفي وثائق الهوية المرسلة

---

[1]- المادة 2 فقرة1 من القانون رقم 05-01، مرجع سابق

[2]- المادة 2 فقرة 2 من القانون 05-01، مرجع أعلاه.

[3]- المادة 14 من القانون 05-01، مرجع سابق.

الكترونيا للبنك للتأكد من هوية الشخص، وقد تصعب أكثر للتمكن من معرفة مصادر الأموال التي يتم إيداعها لاحقا في هذا الحساب.

وقد كان رأي بعض الدول الأوروبية في البداية، ومنها إسبانيا، أن تقتصر العمليات المصرفية الالكترونية والعقود المتعلقة بها على الزبائن المعروفين بالنسبة للبنك و الذين تم التعامل معهم مسبقا. بينما ترى ألمانيا أنه إذا لم يتمكن البنك أو المؤسسة المالية من التعرف على الزبون عن بعد فيمكن له أن يعهد بهذه المهمة لطرف آخر تحت مسؤوليته و ليكن موثق أو محضر قضائي أو مصالح البريد. أما في بريطانيا فتفضل المصالح المختصة معرفة النشاط والعمليات الخاصة بالزبون على معرفة الزبون أو التحقق من هويته، وهذا يمكن أن يعطي نتائج أحسن في تقصي عمليات تبييض الأموال عن طريق العمليات المصرفية الإلكترونية[1].

وفي فرنسا طلب البنك الفرنسي من البنوك والمؤسسات المالية التي تقوم بفتح حسابات مصرفية لعملائها بطريقة الكترونية ومن غير الحضور الفعلي إلى مقر الوكالة، أو في حالة عدم تمكن العميل من الحضور، يجب على هذه البنوك القيام بعمليات فحص إضافية للوثائق المطلوبة لفتح الحساب، ومزيدا من العمل على التحقق من هوية العميل، وفي حالة عدم التأكد يوصي الكتاب الأبيض لسنة 2000، بعدم تفعيل القبول أو المرافقة الآلية على بعض العمليات المصرفية الالكترونية من خلال نظام البنك، وذلك حتى يكون لها وقتا أكثر للفحص والتأكد أو طلب معلومات إضافية، أو أن يتم ذلك بطريقة يدوية من خلال موظفي البنك، هذا من شأنه أن يجعل عملية التحقق من الهوية أكثر دقة. مع أن هذه الطريقة تمس بطبيعة العمليات المصرفية الالكترونية ومصداقية البنوك التي تقوم بهذه العمليات. غير أن تنفيذ العملية المصرفية بطريقة آلية في الوقت الحقيقي لا يمنع البنك من إعادة الفحص والتدقيق والتصريح بوجود حالات مشبوهة لتبييض الأموال عند اكتشافها. كما يوصي البنك باستعمال الطرق والوسائل المتطورة والدقيقة للتأكد من هوية الزبون، من هذه الوسائل الإمضاء الالكتروني[2].

ومن الظروف التي تساعد على انتشار عملية تبييض الأموال بمناسبة القيام بالعمليات المصرفية من خلال البنوك الالكترونية، عدم خضوع هذه البنوك لنظام قانوني مصرفي صارم، فهذه البنوك كثيرا ما تقوم بعملية توطين في الدول التي تكون في حاجة إلى الأموال ولا تتشدد في محاولة معرفة مصدرها. كما يصعب من مهمة اكتشاف عمليات تبييض الأموال من خلال القنوات الالكترونية، اعتداد هذه البنوك الالكترونية بالسر المصرفي، فرغم كونه مبدأ في النشاط المصرفي العادي ويعيق عملية تتبع مصدر الأموال المشبوهة، فهوم يزيد الأمر تعقيدا في العمليات المالية على الانترنت، خاصة أن هذه البنوك تغري زبائنها بتشددها في الالتزام بالسر المصرفي في مواجه الجميع.

[1]- Livre blanc 2000 de la banque de France, op cit, p 124.
[2]- Ibid, p 128

تعد النقود الالكترونية من أهم الوسائل التي يتم من خلال القيام بعمليات تبييض الأموال، فهي بطبيعتها تستعصى عن التعقب أو التتبع ومعرفة الهوية، وكذا سريتها و السرعة التي تتم بها، حيث يمكن للمجرمين تحويل مبالغ مالية ضخمة خلال فترة وجيزة ومن غير عراقيل جغرافية أو قانونية أو مصرفية ، وبدون حاجة لوسيط مالي.

وتتم عملية غسيل الأموال باستعمال النقود الالكترونية في مرحلتي الإيداع والدمج؛ ففي المرحلة الأولى يبدأ حائز المال المراد غسله بتدوير هذا المال عن طريق إيداع في المؤسسات المالية و البنوك الالكترونية سواء بطريقة نقود ورقية أو رقمية، وبذلك يتفادى العراقيل الورقية والمحاسبية. وفي مرحلة الدمج يقوم الحائز بإجراء تحولات رقمية إلى دول مؤسسات مالية أجنبية ليس فيها انتشار كبير لعملية غسل الأموال، ثم يعيد تحويلها إلى أماكن أخرى، ثم يقوم بإدخالها في عجلة الاقتصاد العالمي دون أن يتعرض لخطر كشف مصدر هذه الأموال[1].

وما يعزز اعتبار النقود الالكترونية من أهم الطرق المستعملة لتبيض الأموال، أن لها خاصيتين أساسيتين، الأولى هي عدم القابلية للتتبع أو لاقتفاء الأثر، فهي من وسائل الدفع الالكترونية التي تتميز بسرية كبيرة، فلا تمكن من معرفة هوية المستهلك، مثل الشيك مثلا، ومن ثم تقلل من تدخل مختلف الهيئات في الرقابة عليها. أما الخاصية الثانية للنقود الالكترونية فيهي القابلية للانتقال بسرعة عبر مختلف أرجاء المعمورة، ففي الوقت الحاضر يمكن لمن بحوزته نقودا الكترونية، أن يشتري أي سلعة أو يقتني أية خدمة من أية دولة أخرى تقريبا.

كما يمكن أن تكون أنظمة التحويل المصرفي الالكتروني الدولية مثل نظام سويفت « **SWIFT** » أو نظام شيبس « **CHIPS** » وسيلة للمجرمين لتبييض الأموال، بتحويلها من بنك إلى بنك ومن دولة إلى دولة أخرى. وعادة ما يتم إيداع أموال العائدات الإجرامية أول مرة ببنك مستفيدين من مبدأ السر المصرفي في دولة لا تهتم كثيرا بمصدر هذه الأموال، فإذا تمت مرحلة الإيداع فإن بقية المراحل تعتبر أسهل بالنسبة للمجرمين، حيث يقومون بتحويل هذه الأموال إلى بنوك أخرى في دول أخرى عن طريق أنظمة التحويل الالكتروني الدولية السابقة الذكر. وتكون هذه التحويلات بين بنك المرسل وبنك المستفيد وفي بعض الأحيان قد يكون هناك بنك ثالث وسيط، حيث يقوم بنك المرسل بإرسال رسالة عن طريق النظام لبنك المستفيد، حيث لا يستعلم عادة هذا الأخير عن مصدر هذه الأموال ولا عن هوية المستفيد، لأن بنك المرسل هو الذي تقع عليه عادة واجب الاستعلام أو التحري عن مصدر الأموال أو الغرض منها.

ثم إن التحويلات الأجنبية غالبا ما تكون خالية من اسم العميل المرسل، بل تقتصر على ذكر عبارة "إن عميلنا يرغب في تحويل مبلغ .... إلى عميلكم....."[2].وبإدراك المجرمون لمثل هذه الثغرات في

---

[1]- حوالف عبد الصمد، مرجع سابق، ص 458.

[2]- نقلا عن كريمة تدريست، دور البنوك في مكافحة تبييض الأموال، مذكرة دكتوراه في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014 ص 111.

بنوك تطبق السرية المصرفية المطلقة أو لا تتشدد في معرفة مصدر الأموال، يتم تدوير أموال كبيرة بين البنوك بطريقة التحويل الالكتروني، وبعدها يتم إدخالها في عجلة الاقتصاد ومن ثم يتم تبييضها.

تعد البنوك الإلكترونية التي ليس لها تواجد فعلي على الأرض من أهم الطرق التي تمكن المجرمين من القيام بعمليات تبييض الأموال كبيرة المبالغ، هذا ما أشارت له مجموعة العمل المالي في تقاريرها السنوية المختلفة[1]. حيث كلفت خبراءها بإجراء دراسات حول الثغرات التي يمكن أن ينطوي عليها التعامل البنكي عبر هذه البنوك، والتي بالإمكان أن تستغل بصفة إجرامية، فتقديم الخدمات المالية بهذه الطريقة يحد من فعالية المبدأ المصرفي "اعرف عميلك" وذلك لعدم وجود اتصال مباشر بين هذه البنوك والعميل، ومن ثم صعوبة التعرف على هويته ومصدر الأموال المودعة في الحسابات البنكية بهذه البنوك.

ومن أجل الحد من عمليات تبييض الأموال بمناسبة القيام بالعمليات المصرفية الالكترونية وضع الخبراء بهذه المجموعة المالية، مجموعة من الاقتراحات يمكن أن تساهم في الحد من هذه الجرائم على شبكة الانترنت، وتخفض من النقص الكبير في السلامة لدى هذه البنوك، من هذه الاقتراحات[2]:

– تعزيز شروط التحقق من هوية العملاء من أجل التأكد من أن الحسابات غير مجهولة الهوية،

– وضع إجراءات جديدة بهدف مساعدة البنوك على المعرفة الحقيقة بعملائها طيلة مدة العلاقة التجارية،

– العمل على توحيد المعايير المعتمدة في هذا الميدان في مختلف البلدان،

– تطوير قدرات الإعلام الآلي والوسائل التقنية لتسمح بكشف المعاملات المشبوهة والتحقق من هوية العميل في آن واحد،

– تحديد نوع الخدمات المرخص بها عبر الانترنت أو مبلغ المعاملات المرتبطة بها،

– اقتصار الخدمات عبر الانترنت فقط على الحسابات المفتوحة بطريقة كلاسيكية، أي بعد التنقل للوكالة البنكية والاتصال المباشر بين الزبون وموظف البنك،

– منع المؤسسات المالية والبنوك غير المعتمدة لدى دولة معينة من تقديم خدمات على الانترنت في هذه الدولة،

– لا تتوقف عملية مواجهة تبييض الأموال عن طريق الانترنت على الدول التي تتواجد بها البنوك الإلكترونية، إنما يجب أن تساهم الدول التي يتواجد بها زبائن هذه البنوك في مواجهة هذه الظاهرة الخطيرة.

إن كل الجهود الرامية إلى الكشف عن عمليات تبييض الأموال من خلال العمليات المصرفة الالكترونية تصطدم بصعوبتين كبيرتين، تتعلق الأولى بالتزام البنوك التقليدية أو الالكترونية معا، بمبدأ السر المصرفي الذي يصعب من محاولة معرفة هوية المودع ومصدر الأموال بالنسبة للغير. وتتلق

[1]- نقلا عن كريمة تدريست، ، مرجع أعلاه، ص 105.
[2]- كريمة تدريست، مرجع سابق، ص 106.

الثانية بالطبيعة الالكترونية لهذه العمليات التي تقتضي القيام بها من غير الحضور الفعلي للعميل للوكالة البنكية ومن غير اتصال مباشر بين العميل وموظف البنك، وما ينتج عنها من عدم التحقق من هويته.

إن معظم المحاولات التي ترمي إلى محاصرة عمليات تبييض الأموال بطريقة الكترونية، إنما تؤدي في نفس الوقت إلى عرقلة العمل المصرفي الالكتروني وإعاقة عمل البنوك الإلكترونية. وفي كثير من الأحيان تدخل الدول في هذه الجدلية وعليها أن تختار بين الغلق وتقييد العمليات المصرفية الالكترونية، ومحاصرة البنوك الإلكترونية بدعوى محاربة تبييض الأموال، أو فتح هذه العمليات وتحمل المسؤولية التي يمكن أن تنتج عنها في من خلال انتشار عمليات تبييض الأموال، وتأثيره الكبير على الاقتصاد الوطني و الدولي.

ج- العمليات المصرفية الالكترونية وضرورة مراجعة القواعد الضريبية

تؤسس البنوك والمؤسسات المالية في الجزائر على شركات مساهمة كما نص على ذلك قانون النقد والقرض، ومن ثم فإن النظام الضريبي الذي تخضع له البنوك الجزائرية، بصفة عامة، هو نفسه النظام الضريبي الذي تخضع له الشركات التجارية على شكل شركات مساهمة، مع بعض الخصوصيات الخاصة بالبنوك والمؤسسات المالية، وبعض الإعفاءات التي تستفيد منها بسبب خصوصية النشاط الذي تمارسه، ومنه ما تتعلق بتمويل بعض القطاعات الحساسة.

وأهم الضرائب المفروضة على البنك، باعتباره مؤسسة اقتصادية ومالية، بمناسبة القيام بمختلف العمليات المصرفية هي، الضريبة على أرباح الشركات، الرسم على القيمة المضافة، الرسم على النشاط المهني والضريبة على الدخل الاجمالي الخاصة بعمل ومستخدمي البنك. كما تخضع البنوك الجزائرية لجابية رؤوس الأموال المنقولة، والمتعلقة بإرادات توظيف رؤوس الأموال ذات الدخل الثابت، التي يتشكل وعاؤها من إرادات الديون والودائع والكفالات والحسابات الجارية. وتخضع البنوك أيضا للضريبة على إيرادات توظيف رؤوس الأموال ذات الدخل المتغير، المتمثلة أساسا في ريوع الأسهم أو حصص الشركة والإيرادات المماثلة[1].

ولأن العمليات المصرفية الإلكترونية في الجزائر لم يتم تنظيمها من طرف المشرع الجزائري، وهي تقتصر فقط على بعض عمليات الدفع والسحب والتحويل التي تتم عن طريق البطاقات البنكية الالكترونية، التي تصدرها البنوك الجزائرية، فإن هذه العمليات تخضع لنفس النظام الضريبي التي تخضع له بقية العمليات التقليدية، على اعتبار أن البطاقات البنكية في هذه الحالة ما هي إلى وسيلة للقيام بهذه العمليات، وعلى اعتبار أن هذه العمليات تقدم من طرف بنوك تقليدية تخضع للنظام الضريبي المشار إليه أعلاه.

[1]- العياشي عجلان، **"ترشيد الرقابة الجبائية على قطاع البنوك و المؤسسات المالية لحوكمة أعمالها ونتائجها بالتطبيق على حالة الجزائر"**، ملتقى حول الأزمة الاقتصادية الدولية والحوكمة العالمية، جامعة سطيف في 20-21 أكتوبر 2009، ص 30.

غير أن الأمر يختلف بالنسبة للبنوك والمؤسسات المالية أو حتى المؤسسات غير المالية الدولية التي تحترف القيام بمختلف العمليات المصرفية الالكترونية، حيث يتطلب الأمر دراسة ما إذا كانت القواعد الجبائية المطبقة على العمليات المصرفية التقليدية صالحة للتطبيق على العمليات المصرفية الكترونية التي تتم في الفضاء الإلكتروني الافتراضي. ثم إن تسويق مختلف السلع والخدمات على الانترنت يجعل من الصعب تطبيق القواعد التقليدية للضرائب فيما يخص تحصيل الضرائب والرسوم.

تعرف الجباية الالكترونية على أنها تلك التي تعنى بفرض الضرائب على التعاملات التي تتم غبر شبكة الانترنت[1]. وتواجه الإدارات الضريبية في جميع أنحاء العالم مهمة صعبة لحماية عائداتها الضريبية نتيجة تطور النشاط التجاري الالكتروني بصفة عامة، وفي الوقت ذاته تحاول هذه الإدارات عدم إعاقة أو عرقلة تطور وانتشار هذه التجارة، الأمر الذي يثير التساؤل حول قدرة قواعد الجباية التقليدية على ضبط وتسيير الجباية الالكترونية.

وتكمن الصعوبات القانونية والفنية في إخضاع العمليات المصرفية الإلكترونية، ذات البعد الدولي، للنظام الضريبي التقليدي في عدة صعوبات أهمها، صعوبة تحديد الدولة صاحبة الحق في فرض الضريبة، تحديد وعاء الضريبة، وصعوبة تحديد آليات تحصيل الضريبة.

1- صعوبة تحديد وعاء الضريبة

تطرقت دراسة مجلس الدولة الفرنسي لسنة 1999 حول موضوع "الانترنت والشبكات الرقمية"[2]، إلى صعوبة تحديد الوعاء الضريبي للمؤسسات الرقمية، وأوضحت أنه عندما يتم التعاقد على سلعة أو خدمة عن طريق عقد الكتروني، ويتم نقل هذه السلعة أو تنفيذ هذه الخدمة بطريق غير الكتروني أي بطريقة تقليدية، فإن الاشكال لا يطرح في هذه الحالة، إنما يطرح الأشكال عندما يتم تنفيد العقد الإلكتروني بطريقة الكترونية دون مرور على الحدود الجغرافية للدول، كما هو الحال بالنسبة للخدمات المالية والمصرفية. وذكر أن بعض الدول في هذه الحالة تسمي السلعة المسوقة بهذه الطريقة سلعا افتراضية، فهي تبقى ضمن السلع رغم كونها افتراضية أو غير مادية، ولا تكييفها على أنها خدمة. بينما اللجنة الأوروبية ومصلحة القانون الضريبي لها رأي آخر، وهو اعتبار أو تكييف السلع الافتراضية، مثل برامج الاعلام الآلي، على أنها خدمات بمجرد عدم امكانية تقديمها أو نقلها بطريقة مادية. إلا أن هذا التكييف له نتائجه القانونية الهامة على مختلف القوانين، لا سيما قانون الجمارك، وعلى نظام الرسم على القيمة المضافة.

وبينت دراسة مجلس الدولة الفرنسي السابقة الذكر، أن تكييف السلع الافتراضية كخدمات، بطريقة انفرادية من طرف الدول، من شأنه أن يؤدي إلى الازدواج الضريبي على هذا النوع من السلع، أو عدم خضوعها إلى الضريبة مطلقا. كما أنه يؤثر على إلزامية المؤسسات الأجنبية تعيين ممثلا ضريبيا في هذه

---

[1]- نقلا عن حوالف عبد الصمد، مرجع سابق، ص 440

[2]- Internet et réseaux numériques, Collection Etude du Conseil d’Etat, année 1998, P 73.

الدولة. لكن مع هذا يبدو أنه من المفضل البحث عن حلول مشتركة لدول الاتحاد الاوربي تمكن من تكييف السلع غير المادية على أنها خدمات مع الاحتفاظ بمبدأ فرض الضريبة في مكان الاستهلاك. وهذا من شأنه أن يؤدي إلى الحد من التهرب الضريبي، وضمان المنافسة العادلة بين المؤسسات[1].

2- صعوبة تحديد أليات تحصيل الضريبة

مهما كان الأساس الذي تقوم عليه ضريبة مبيعات السلع أو الخدمات بموجب التجارة الالكترونية، سواء قامت على أساس دولة الوصول أو دولة المنشأ، فإن العنصر المشترك لهذين الخيارين هو إلقاء مسؤولية التحصيل على البنك الالكتروني مقدم الخدمات الإلكترونية. ونتيجة الخوف من تدني التحصيل الضريبي في هذه الحالة، ظهرت عدة اقتراحات كبدائل للقيام بعملية التحصيل، منها التحصيل عن طريق طرف ثالث، أو التحصيل باستخدام وسائل تكنولوجية حديثة[2].

ويمكن أن يكون الطرف الثالث المكلف بالتحصيل حسب هذا الاقتراح، مؤسسات الدفع الالكتروني أو شركات إصدار وتسيير النقود الالكترونية. ولا شك أن مثل هذا الاقتراح يتطلب من هذه المؤسسات الاحتفاظ بقاعدة بيانات ضريبية لكل الدول، إضافة إلى تقديم المعلومات الضرورية حول نشاطاتهم وقيمة أعمالهم، وكذا بينات وقيمة الضريبة و عناوين كل الزبائن. ومن أجل تحويل عوائد تلك الضرائب إلى النظام الاستهلاكي، تم اقتراح استخدام تلك المؤسسات لنظام المقاصة، وإن كانت هذه الطريقة قد تواجه صعوبات سياسية كبيرة. كما ان استخدام البنوك والمؤسسات المالية للقيام بعملية التحصيل الضريبي سيصطدم بالتكاليف الباهظة لإنشاء النظام الذي يقوم بهذا العمل، ومن يتحمل التكاليف[3].

ومن المقترحات في سبيل تحديد أليات التحصيل الضريبي، إشراك مزودي خدمات الأنترنت الذين لهم إمكانية تقنية على تتبع جميع تعاملات الانترنت، ومنها الخدمات المالية والمصرفية، لزبائنهم كطرف ثالث موثوق به للقيام بعملية تحصيل و تحويل قيمة الضرائب على هذه الخدمات الالكترونية. ويتطلب هذا تسجيل مزود خدمات الانترنت في غرفة المقاصة، التي تتولى بدورها تحويل العائدات الضريبية إلى الجهات صاحبة الحق فيها. غير أن هذا المقترح يواجه صعوبة تحديد دولة الوصول ودولة المنشأ الصحيحتين في المعاملات الالكترونية.

كما تم اقتراح معالجة التعاملات الالكترونية عبر الحدود، للوصول إلى أحسن طريقة للتحصيل الضريبي، عن طريق بروتكول الانترنت الذي يستخدم في نقل البيانات من نقطة إلى أخرى، حيث تعتبر هذه العناوين جزءا أساسيا في الوصول لشبكة الانترنت. إلا أن صعوبة هذه الطريقة تكمن في أن بعض

---

[1]- Ibid, p 74.

[2]- حوالف عبد الصمد، مرجع سابق، ص 447.

[3]- Internet et réseaux numériques, op.cit, p 76.

من المؤسسات لا تفصح عن هويتها، ومن ثم فهذه العنوانين لا تعكس حقيقة الوعاء الضريبي لهذه المؤسسات.

ومن الاقتراحات التي روجت لها الإدارة الأمريكية كحل لصعوبات التحصيل الضريبي على مواقع الانترنت، طريقة التحصيل باستعمال البرامج والوسائل التكنولوجية، وملخص هذه الطريقة أن تسخر تكنولوجيا الإعلام والاتصال، المتواجدة حاليا أو التي يمكن أن توجد مستقبلا، وتدمج مع معاملات التجارة الإلكترونية لتقوم بفرض الضريبة و تحصيل قيمتها وتحويلها للسلطات الضريبية. ما يميز هذه الطريقة أنها تكون منخفضة التكلفة ويمكن أن تتحملها إدارة الضرائب، بدل تحميل تكلفتها للمؤسسات الالكترونية[1].

3- صعوبة تطبيق الضريبة حسب مفهوم المؤسسة الثابتة على موقع الانترنت

يتم تطبيق الضريبة على أرباح المؤسسات من خلال المزاوجة بين القانون الضريبي للدولة وكذا الاتفاقيات الدولية المتعلقة بإلغاء الازدواج الضريبي، ومنه فالمؤسسة الأجنبية لا تخضع للضريبة على أرباح الشركات إلا إذا كان لها مقر ثابت على هذه الدولة، وتستفيد من مداخل من النشاط بهذه الدولة. ولقد عرفت منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية المؤسسة الثابتة على أنها منشأة ثابتة للأعمال، حيث تقوم المؤسسة بواسطتها بجزء أو كل أعمالها.

غير أن تطبيق الضريبة بمفهوم المؤسسة الثابتة، السابق ذكره على مواقع الأنترنت للبنك أو خادم البنك الالكتروني، الذي قد يقوم بتقديم العمليات المصرفية الإلكترونية لأي عميل على المستوى الدولي، مع صعوبة تحديد الموقع الجغرافي لهذا البنك أو هذا الخادم على الأرض، يثير صعوبات كبيرة من الناحية القانونية. وهذا نتيجة لصعوبة تطبيق مفهوم المؤسسة الثابتة على موقع الانترنت الذي يقدم العمليات المصرفية الإلكترونية. وهذا نتيجة صعوبة تكييف موقع الانترنت على انه مؤسسة ثابتة أو خضوعه لنظام حرية تقديم الخدمات، من جهة ونتيجة ارخال مفهوم الممثل التجاري من جهة أخرى.

عدم الوضوح في تكييف موقع الانترنت مقدم الخدمات المصرفية الالكترونية، قد ينتج عنه تهرب كثير من البنوك الالكترونية من دفع الضرائب في بعض الدول، وهذا من شأنه أن يؤثر على الموارد المالية لهذه الدول، كما يؤثر أيضا على المنافسة بين هذه البنوك الالكترونية نتيجة تواجدها في دول مختلفة.

الفرع الثاني

تأمين عمليات الدفع الالكتروني على الخط

مهما تطورت وتنوعت الأنظمة والبرامج ومواقع البنوك الالكترونية، ومهما تنافست البنوك والمؤسسات المالية والمؤسسات غير المالية على محاولة تقديم العمليات والخدمات المصرفية للزبون

---

[1]- حوالف عبد الصمد، مرجع سابق، ص 449.

بأسهل طريقة على مدار الساعة، وطوال أيام الاسبوع، ومن غير أي سبب للحضور للوكالات البنكية، فإن أكبر هاجس يؤرق مختلف الأطراف المتدخلة في هذه العمليات المالية على الخط، من بنوك ومؤسسات مالية وغير مالية وزبائن و دول، هو ما مدى أمن القيام بهذه العمليات في هذه البيئة الافتراضية المفتوحة على كل المخاطر؟ وما مدى قدرة المواقع الإلكترونية للبنوك على تأمين المبالغ المالية الكبرى التي يتم تحويليها يوميا بطريقة الكترونية، على هذه الشبكة المفتوحة.

ومن ثم فإن الجهود الكبرى للدول والشركات التي تبذل في تطوير تقديم العمليات المصرفية الإلكترونية على الانترنت إنما تبذل في سبيل توفير أكبر حماية لهذه العمليات، وتأمين عدم قدرة أيا كان على استعمال البيانات الخاصة للزبون أو بيانات وسيلة الدفع الإلكترونية الخاصة به. نتناول تفصيل تأمين العمليات المصرفية الالكترونية بالتطرق لحماية مواقع الانترنت للبنوك من خلال الجدران النارية أولا، ثم التشفير لتأمين العمليات المصرفية الالكترونية وإرة المخاطر الأمنية، ثانيا.

أولا- حماية مواقع الانترنت للبنوك من خلال الجدران النارية

في إطار تسهيل تبادل المعلومات والبيانات بين جميع فروع البنك، يقوم هذا الأخير بربط فروعه المتعددة بشبكة واحدة تسهل تبادل المعلومات والبيانات، تسمى هذه الشبكة بالشبكة الداخلية الخاصة. وإذا ما أراد البنك الاتصال بالأنترنت فإنه يقوم بربط الشبكة الخاصة بشبكة الأنترنت المفتوحة، إلا أن ذلك من شأنه أن يجعل الشبكة الداخلية للبنك عرضة لمختلف الأخطار، هذا ما جعل البنوك تلجأ إلى أنظمة خاصة مختلفة على شكل حواجز لحمايتها من مخاطر الانترنت، اصطلح على تسمية هذه الحواجز بالحوائط النارية أو جدران الحماية[1].

وتعرف الحوائط النارية أو جدران الحماية على أنها مجموعة البرامج والأجهزة التي تعمل كحاجز مانع بين موقع البنك وشبكاته الداخلية وموقع الأنترنت المفتوح، من أجل حمايته من مختلف الأخطار والانتهاكات المحتملة وذلك من خلال مراقبة دخول وخروج البيانات من وإلى موقع البنك، على نحو يمكنه من معرفة أي دخول مشبوه أو غير مشروع[2].

وتلعب الحوائط النارية دورا هاما في حماية وتأمين الشبكة الداخلية للبنك، ومن ثم حماية العمليات المصرفية التي تتم من خلال هذه الشبكة في اتجاه الزبائن. وتعمل هذه الجدران كحواجز صد في مواجهة المسارات القادمة في اتجاه موقع البنك من الشبكة المفتوحة، وذلك من خلال التأكد من مصدر هذه المسارات، ثم تقرير ما إذا كانت تسمح لها بالمرور أم لا. وتعمل الحوائط النارية على ترشيح أو تصفية كافة الطلبات القادمة لموقع البنك عبر شبكة الانترنت، قبل أن يسمح لها بالوصول إلى الشبكة الداخلية، حيث تعمل على ترتيب هذه الطلبات وتنظيم دخولها، بحيث لا يسمح إلا بدخول الطلبات الموثوق بها أو

[1]- هداية بوعزة و يوسف فتيحة، **"الحماية التقنية للمعلومات ودورها في تأمين نظام الدفع الالكتروني"**، مجلة الدراسات و البحوث القانونية، المجلد 3 العدد 4، ديسمبر 2018، ص 36

[2]- علاء التميمي، مرجع سابق، ص 678.

المعروف مصدرها، مثل صفحات الواب العائدة إلى موقع البنك بعد ملء ما بها من بيانات من قبل العملاء الراغبين في خدمة مصرفية معينة، أو طلبات العملاء المرسلة إلى موقع البنك من مكان آمن.

وتقوم جدران الحماية بالخصوص على تركيز الاجراءات الامنية عند نقطة واحدة، فهذا أفضل من توزيعها ومن ثم عدم فاعليتها، كما تقوم بفرض السياسة الأمنية التي يتبناها البنك، وتسجيل وقائع استخدام موقع البنك بدقة.

غير أن جدران الحماية هذه لا تحمي من أخطار الاتصالات التي لا تمر عبرها، كتلك التي تمر مباشرة عبر مودم مربوط بأحد أجهزة الشبكة الداخلية، وكذا الأخطار الجديدة التي لم يتم برمجته على التصدي لها، لذا فإن تحيين البيانات الخاصة بها خلال فترات قصيرة غاية في الأهمية. كما لا تحمي جدران الحماية من الأخطار القادمة من الشبكة الداخلية للبنك نفسها، مثل عمليات الاحتيال التي يمكن أن يرتكبها عمال ومستخدمي البنك، أو كل من يملك حق الدخول للشبكة الداخلية للبنك.

ثانيا- التشفير لتأمين العمليات المصرفية الالكترونية وإدارة المخاطر الأمنية

التشفير، أو فن الاتصال السري، أو علم تحويل رسائل البينات، هو تقنية تحويل رسائل البيانات إلى رموز وأرقام لتبدو بطريقة غير مفهومة لمن لم ترسل إليه[1]. هذه التقنية مستعملة بطريقة كبيرة جدا على شبكة الانترنت، وتهدف إلى الحفاظ على سرية البيانات باستعمال خوارزميات عن طريق مفاتيح أو كلمات مرور تكون في متناول المستعملين.

يعتبر التشفير أهم التقنيات المستعملة في تأمين العمليات المصرفية الإلكترونية وتأمين التحويل الالكتروني للأموال على شبكة الانترنت، وذلك بسبب ما يوفره من سرية المراسلات وتبادل البيانات بين البنك وعملائه، إضافة إلى الاستخدامات الأخرى له في النشاط المصرفي بصفة عامة.

يوجد نوعان أساسيان من أنواع التشفير المستعملة في عمليات البنوك، التشفير بالمفتاح المتماثل، والتشفير بالمفتاح غير المتماثل.

أ- التشفير بالمفتاح المتماثل

في هذا النظام يكون للبنك والزبون، أي المرسل والمستقبل، نفس المفتاح الخاص بالتشفير أو بفك التشفير. وقبل القيام بتبادل المراسلات والبيانات يجب أن يكون للمرسل والمستقبل هذا المفتاح الذي يجب المحافظة عليه بأقصى درجات السرية، لأن حصول الغير عليه، عند تبادله بين الطرفين بطريقة الكترونية، قد تكون نتائجه وخيمة على البنك وعلى الزبون معا. بعض المستعملين لهذا النوع من التشفير يقومون بتقسيم الرسالة إلى ثلاثة أقسام، و يتم تشفير كل قسم بمفتاح يختلف عن الآخر، لكن هذه الطريقة

[1]- Fatima Zahra Bayssa Boulaich, Op cit, p 273

تتطلب وقتا أطول من عمليتي التشفير وفك التشفير، مما يجعله بطيئا خاصة في العمليات الإلكترونية المتعلقة بالبورصة، مثلا[1].

النموذج الأكثر استعمالا في هذا النوع من التشفير يسمى اختصارا « DES[2]» وهو كثير الاستعمال بين البنوك من أجل ضمان سرية تبادل البيانات. وهو يقوم على تغيير حروف الرسالة، أي تغيير الحروف بحروف أخرى، وتغيير في ترتيب الحروف نفسها، من أجل إنشاء ترميز يسمى الخوارزمية المشتركة. ويستعمل هذا النوع من التشفير في الشبكات المغلقة، حيث يتم من تبادل نفس المفتاح السري. هذا النوع من التشفير يعتبر ضعيف ويمكن معرفته في الشبكات المفتوحة مثل الانترنت. وهو غير منصوح باستعماله الآن بسبب بطئه وقصر مفتاحه (56 بايت)، مما جعله غير آمن.

سنة 2000 تم تعويض هذه الخوارزمية بخوارزمية أخرى، تسمى اختصارا « AES[3] » مفتاح هذه الخوارزمية 128 بايت، و يقوم على نفس المبدأ الذي يقوم عليه النموذج الأول، لكنه يعتبر أكثر أمانا نظرا مقاومته لكثير من الهجمات الالكترونية، ومنها أصبح منصوحا به لحماية البيانات المالية الإلكترونية على الخط. يستعمل هذا النموذج حاليا في تشفير تبادل البيانات لبعض مواقع البنوك الفرنسية[4].

ب- التشفير بالمفتاح غير المتماثل

تقوم فكرة التشفير بالمفتاح غير المتماثل على استبدال المفتاح الواحد في عملية التشفير بمفتاحين اثنين مرتبطين بعلاقة رياضية، يسمى احدهما بالمفتاح العام، ويسمى الآخر بالمفتاح الخاص، بحيث يكون المفتاح الخاص معروفا لطرف أو جهة واحدة وهو المرسل عموما، الذي يستطيع بموجب هذا المفتاح تشفير الرسالة و فك شيفرتها. أما المفتاح العام فيكون معروفا لدى العامة، أو لدى الجمهور، ويمكن بواسطته فك شفرة الرسالة التي تم تشفيرها بالمفتاح الخاص، كما يمكن استعماله أيضا لتشفير رسالة مرسلة لصاحب المفتاح الخاص. لكن لا يمكن للمفتاح العام فكر شفرة رسالة شفرها المفتاح العام نفسه، حيث أن مالك المفتاح الخاص هو فقط من يمكنه فك شفرتها.

ويقوم نظام التشفير بالمفتاح غير المتماثل على الاختلاف بين خوارزمية التشفير وخوارزمية فك التشفير. وتسمى الخوارزمية بحسب هذا النظام اختصارا « RSA[5] »، هذا الاسم مشكل من اختصار اسماء واضعي هذه الطريقة التي تم عرضها سنة 1977، ويستعمل هذا النظام كثيرا في التجارة الالكترونية، وهو يمكن من تأمين نقل رسائل بطريقة آمنة كما يمكن من إنشاء التوقيع الإلكتروني.

---

[1] - George Daladier ABI-RIZK, l'internet au service des opérations bancaires et financières, Thèse de doctorat en droit, université PANTHEON-ASSA (PARIS II), 2002, p 85.

[2]- DES : Data Encryption Standard.

[3]- AES : Advenced Encryption Standard.

[4]- Fatima Zahra Bayssa Boulaich, Op.cit, p 274

[5] - RSA : RIVEST, SHAMIR et ADLEMAN.

ولقد نظم المشرع الجزائري طريقة التشفير بالمفتاح غير المتماثل لإنشاء التوقيع الإلكتروني من خلال القانون 15-04[1]، وعرف مفتاح التشفير الخاص على أنه: "عبارة عن سلسلة من الأعداد يحوزها حصريا الموقع فقط، ويستخدم لإنشاء التوقيع الالكتروني، ويرتبط هذا المفتاح بمفتاح تشفير عمومي"[2].

كما عرف القانون نفسه مفتاح التشفير العمومي على أنه: "عبارة عن سلسلة من الأعداد تكون موضوعة في متناول الجمهور بهدف تمكينهم التحقق من الامضاء الالكتروني، وتدرج في شهادة التصديق الالكتروني"[3].

عندما يتم تشفير رسالة البيانات بواسطة المفتاح الخاص تتحول على شكل بصمة الكرتونية، وترسل إلى المرسل إليه، الذي يقوم بفك شفرتها بالمفتاح العام، وعند تطابق الرسالة المرسلة بالرسالة المستقبلة، يمكن القول أن الامضاء الالكتروني قام بدوره كما ينبغي، وأن الرسالة لم يتم تغييرها أو تعديلها قبل وصولها إلى المرسل إليه.

ومن أجل توثيق هوية حامل المفتاحين الخاص والعام في أحسن الظروف، يتم اللجوء إلى مقدم خدمات التصديق الالكتروني، الذي يصدر شهادة التصديق الالكتروني التي تثبت الصلة بين بيانات التحقق من التوقيع الالكتروني والموقع[4].

ولقد نظم القانون 15-04 بطريقة مفصلة عملية انشاء التوقيع الالكتروني ومنح شهادة التصديق الالكتروني وشروط ذلك، وكذا شروط القيام بعملية التصديق وكذا الهيئات المكلفة بذلك والنظام القانوي الخاص بها. نفصل في كل هذا عند الحديث عن اثبات عقود العمليات المصرفية الالكترونية.

ج- برتوكولات تأمين الدفع الالكتروني

تستعمل مواقع الانترنت الخاصة بالبنوك التي تقدم العمليات المصرفية الإلكترونية عدة بروتكولات لتأمين عمليات الدفع على الأنترنت، أهم هذه البرتوكولات، ما يسمى اختصارا «TLS[5] » أي برتوكول طبقة النقل الآمن، وبروتوكول « SET[6] » أي برتوكول المعاملات الالكترونية الآمنة. نفصلها في ما يلي:

1- برتوكول طبقة النقل الآمن « TLS »

هذا البروتوكول هو بروتوكول تأمين المعاملات على الأنترنت، سابقا كان يسمى « SSL[7] » ، يقوم بضمان أمن كل جلسة أو كل عملية مشفرة، وكذا حفظ سرية وسلامة البيانات المرسلة، وضمان حفظ هوية الخادم والزبون بناء على شهادة التصديق الإلكتروني المنشأة على أساس التشفير باستعمال

---

[1]- القانون رقم 15-04 مؤرخ في أول فيفري 2015، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع و التصديق الالكترونيين، ج ر رقم 06 بتاريخ 10 فيفري 2015.

[2]- المادة 2 فقرة 8 من القانون 15-04، مرجع أعلاه..

[3]- المادة 2 فقرة 9 من القانون 15-04، مرجع سابق..

[4]- المادة 2 فقرة 7 من القانون 15-04، المرجع نفسه.

[5]- TLS ; Transport Layer Security.

[6]- SET ; Secure Electronic Transaction.

[7] - SSL : Secure Sokets Layer.

المفتاح غير المتماثل. كما يسمح بحماية عمليات الدفع الإلكتروني على الانترنت من خلال تشفير رقم البطاقة البنكية المستعملة. تم تطوير هذا البرتوكول من طرف متصفح الانترنت *NETSCAP*[1].

التشفير باستعمال البرتوكول«TLS» يقوم في آن واحد على التشفير بنظام المفتاح غير المتماثل باستعمال الخوارزمية «RSA» ونظام التشفير بالمفتاح المتماثل باستعمال الخوارزمية « AES ». يقوم برنامج التشفير الخاص «TLS» بربط متصفح الواب الموجود بجهاز المستخدم أو المشتري بجهاز خادم موقع البنك الالكتروني، و يقوم البرنامج بتشفير أية معلومة بين المستخدم والبنك باستخدام برتوكول النقل وبرتوكول الانترنت « TCP/IP» بهدف تأمين كل البيانات المنتقلة بين الطرفين[2].

وبسبب درجة أمانه العالية، يستعمل الآن برتوكول «TLS» من طرف معظم برامج متصفحي الواب، كما يستعمل من طرف بعض البنوك الالكترونية مثل،« *Le crédit Lyounnais*». وبعض مواقع الدفع الالكتروني مثل المواقع الشهيرة: *Paypal* و *Kwikso* و *Moneybookers* [3].

2- بروتوكول المعاملات الالكترونية الآمنة «SET »

بروتوكول «SET» هو نظام تشفير وتوثيق موجه أساسا لحماية الدفع باستعمال البطاقة البنكية على الانترنت، تم وضعه من طرف فيزا وماستركارد سنة 1996 بالتعاون مع الشركات الكبرى للإعلام الآلي مثل « IBM » مايكروسوفت وموتورولا، بهدف تحقيق مستوى عال لسرية البيات البنكية المنقولة على الانترنت. يقوم على نظام التشفير بالمفتاح غير المتماثل أو المفتاح العمومي «RSA» الذي يضم 128 بايت من أجل حماية البيانات الشخصية والمالية. أثناء عمليات الدفع بواسطة الانترنت يستعمل هذا النظام الإمضاء الالكتروني بالنسبة للزبون، وله خصوصية الربط بين أطراف العلاقة التجارية وأيضا البنوك الخاصة بهم.

يقوم هذا النظام على المعاملات الآمنة، حيث يقوم بإرسال البيانات الخاصة بالزبون إلى خادم البائع، لكن هذا الأخير لا يمكنه استلام إلا الأوامر، أما البيانات البنكية فيتم ارسالها مباشرة إلى بنك البائع، حيث تقوم بمعالجتها والتواصل مع بنك الزبون، في الوقت الحقيقي.

في فرنسا قامت « GIE Carte» بتطوير المعيار «C-SET» مع البطاقة الذكية الفرنسية، ويكفي للقيام بالمعاملة المصرفية إدخال البطاقة في القارئ المدمج مع الحاسوب والرقم السري والمبلغ المطلوب[4].

حقوق استعمال هذا البروتكول مرتفعة جدا، حيث يتم دفعها للشركات المشتركة في انتاجه، كما أنه يتطلب تقنيات متخصصة وبرامج متطورة لتوزيع شهادات التوقيع الالكتروني، هذا ما أدى إلى عدم انتشاره كثيرا حيث تم استبداله سنة 2001.

---

[1]- Fatima Zahra Bayssa Boulaich, Op cit, p 286.

[2]- هداية بوعزة و يوسف فتيحة، مرجع سابق، ص 35

[3]- المرجع أعلاه، ص36.

[4] - Fatima Zahra Bayssa Boulaich, Op.cit, p 288.

3- خدمة « 3D Secure»

تم تطوير هذا النظام سنة 2001 من طرف مؤسستي فيزا وماستركارد لحماية علميات الدفع الالكتروني على الانترنت، وهو عبارة عن برتوكول دفع مجاني، يقوم على تحويل الرسائل « XML » المرسلة باستعمال النظام «SSL»، الذي يقوم على توثيق الخادم والزبائن عن طريق شهادة التوقيع الإلكتروني. يقوم هذا النظام على التوثيق الاجباري لحامل البطاقة البنكية أثناء عمليات الشراء على الانترنت من أجل التأكد من أنه فعلا الحامل الشرعي للبطاقة. إلزامية توثيق حامل البطاقة جاءت بناء على توصية من مرصد حماية بطاقات الدفع[1] في تقريره لسنة 2008، نتيجة لانتشار عمليات الاحتيال باستعمال البطاقات البنكية. هذه التوصية تم تبنيها من طرف البنك الفرنسي، ومن ثم تعميمها على معظم البنوك الفرنسية سنة 2010. كما أن هذه الآلية تم اعتمادها من خلال إجراءات سلامة الدفع على الانترنت في أوروبا. حاليا معظم التجار عن طريق الانترنت يستعملون خدمة «3D Secure» التي تمكن من معرفة الحامل الحقيقي للبطاقة البنكية، أثناء عمليات الدفع على الانترنت.

تفعيل هذا النظام لأول مرة تكون عن طريق المواقع الالكترونية للتجار الذي يستعملون بطاقة فيزا أو ماستر كارد، ويكون توثيق حامل البطاقة عن طريق إدخال رقم البطاقة وتاريخ انتهاء الصلاحية ورقم الهاتف، ثم انشاء كلمة المرور، وتتطلب القيام بكل عملية الإلكترونية إدخال الرمز المرسل من الموقع إلى هاتف صاحب البطاقة في الحقل المخصص على التطبيق. طريقة التوثيق هذه حاليا مستعملة الآن من طرف معظم البنوك الفرنسية[2].

توفر خدمة 3D Secure حماية قانونية كبيرة ضد الغش أثناء عملية الدفع على الأنترنت للزبائن وللتجار معا، بالنسبة للزبائن من خلال عملية التوثيق الدقيقة التي يعتمدها، وبالنسبة للتجار من خلال طريقة الحماية ضد أخطار عدم الدفع، لأنه يقوم بعملية نقل المسؤولية القانونية المالية من الزبائن إلى البنوك الخاصة بهم.

4- خدمة « e-carte bleue »

يرتبط هذا النظام بالبطاقة البنكية الكلاسيكية في فرنسا، التي تمكن من القيام بعمليات الدفع عن طريق الانترنت أو عن طريق الهاتف، بدون إعطاء الرقم الحقيقي للبطاقة البنكية، وهو الآن مقترح من طرف معظم البنوك الفرنسية. تقوم هذه الخدمة على إعطاء رقم افتراضي ذو استعمال وحيد من طرف كل التجار الذين يقبلون الدفع باستعمال البطاقة البنكية الزرقاء أو بطاقة فيزا، مع تحديد المدة والمبلغ من طرف الزبون عند إنشاء الرقم الافتراضي، ويقوم هذا النظام على حماية الزبائن على الخط، وعلى دعم

---

[1] - L'observatoire de la sécurité des carte de payement.

[2]- من هذه البنوك نذكر:

Crédit Lyonnais, Axa Banque, La caisse d'épargne, HSBC, BNP Paribas, la société générale, Boursorama Banque, La banque postale.

الثقة في الدفع الالكتروني على الانترنت، من غير إعطاء الرقم الحقيقي للبطاقة، ومن ثم ضمان عدم ارساله أو نقله عن طريق الانترنت.

نظام «e–carte bleue» محمي بواسطة برتوكول نظام تشفير باستعمال مفتاح عمومي «RSA» وبواسطة شهادة تصديق الكتروني، واستعماله محمي بواسطة كلمة مرور واسم المستخدم المرسل إلى الحامل الحقيقي للبطاقة البنكية.

مع كل هذا التطور في استعمال تكنولوجيا التشفير لحماية عملية الدفع الالكتروني بواسطة البطاقة البنكية عن طريق الانترنت، ورغم الجهود التي تبذلها مختلف الشركات في سبيل حماية التعاملات المالية الالكترونية، فإن هذا النظام مثل النظام السابق «3D Secure»، توجد به بعض الثغرات الأمنية، فلا يمكن التأكيد أن الحامل الشرعي للبطاقة هو الذي استلم كلمة المرور و اسم المستخدم، وأنه هو الذي يقوم بإدخالهما أثناء عملية الدفع الالكتروني[1]. ومن هنا فطريق توفير الحماية المطلقة لعملية الدفع الالكتروني على الانترنت بواسطة مختلف وسائل الدفع الالكترونية، ومنها البطاقة البنكية، ما زال طويلا. ولحد الساعة لا توجد حماية مطلقة، وأن الوصول لهذا الهدف، مع الانتشار الكبير للجرائم الالكترونية وازدياد طرق الاحتيال على مختلف المعاملات المالية على الانترنت، ما زال بعيد المنال.

[1]- Fatima Zahra Bayssa Boulaich, Op cit, p 293.

خلاصة الفصل الأول

العمليات المصرفية الالكترونية، هي مختلف الخدمات المصرفية، التقليدية أو المبتكرة، التي تقدمها البنوك والمؤسسات المالية لزبائنها عن بعد، من خلال مختلف أجهزة ووسائل الاتصالات الالكترونية الحديثة. ولا يوجد حصر ولا تحديد لها، كما لم يوجد من قبل حصر أو تحديد للعمليات المصرفية التقليدية، وذلك لأنها مرتبطة بتغير الزمان والمكان، وحاجة الزبون للخدمة المضمونة السريعة والآمنة، وكذا حاجة البنك لتحقيق الربح.

لم ينظم القانون الجزائري العمليات المصرفية الالكترونية، ولم يعترف بها بشكل صريح، لا في قانون النقد والقرض ولا في غيره من القوانين ذات الصلة. كما لم ينظم ولم يفصل وسائل الدفع الالكترونية المستعملة من طرف الجمهور، رغم اعترافه بها بموجب قانون التجارة الالكترونية، ورغم دعوة قانون المالية لسنة 2020 المتعاملين إلى ضرورة وضعها تحت تصرف المستهلكين، واكتفى تعديل القانون التجاري لسنة 2005، بمجرد تعريف بطاقتي الدفع والسحب، ولم يعترف ببطاقة الائتمان رغم انتشارها الكبير في معظم دول العالم.

كما لم تنظم مختلف تنظيمات بنك الجزائر بطاقتي الدفع والسحب، واكتفت مختلف الأنظمة والتعليمات الصادرة عنه في هذا المجال، بتحديد المواصفات التقنية والفنية الواجب توافرها في مختلف الأجهزة والوسائل المستعملة لتشغيل البطاقات البنكية الالكترونية.

رغم أهمية التحويل المصرفي الالكتروني للأموال، فإن المشرع الجزائري لم ينظم ولم يضبط هذه العملية المصرفية الهامة، هذا رغم أن بعض البنوك الجزائرية بدأت القيام بهذا النوع من العمليات المصرفية الالكترونية لزبائنها. من جهة أخرى يجب أن توسع عملية التحويل الالكتروني لتمكن كل صاحب حساب من القيام بهذه العملية مهما كان حسابه بنكيا أو بريديا.

ورغم أهمية النقود الالكترونية كوسيلة دفع الكترونية حديثة ومبتكرة، إلا ان المشرع الجزائري لم ينظم هذه الوسيلة ولم ينص عليها، رغم تنظيمها من طرف قوانين أو تنظيمات كثير من الدول.

لم يعترف المشرع الجزائري بالبنوك الإلكترونية التي ليس لها تواجد مادي على الأرض، ومنع البنوك الجزائرية من التعامل معها أو التعامل مع كل البنوك التي تتعامل معها.

تتم العمليات المصرفية الالكترونية في بيئة افتراضية مفتوحة على كل المخاطر، مما يستوجب على الدول وضع مزيدا من الضوابط الرقابية التي من شأنها العمل على حماية وتأمين هذه العمليات من مختلف المخاطر الأمنية والتشغيلية التي تحيط بها، كما يستوجب على مختلف البنوك والهيئات التي تقدم هذه العمليات للجمهور وضع وتطوير مزيدا من البرامج والوسائل التقنية التي تمكنها من حسن ادارة هذه المخاطر والقيام بمختلف عمليات الدفع الالكتروني في بيئة آمنة.

الفصل الثاني

العقد الإلكتروني أساس العمليات المصرفية الالكترونية

يتطلب قيام البنوك والمؤسسات المالية بالعمليات المصرفية الالكترونية، وجود عقد مصرفي مكتوب يربط البنك بالزبون، يضبط وينظم حقوق والتزامات الطرفين، ومن ثم فالعقد المصرفي الإلكتروني هو أساس هذه العمليات المالية الهامة.

تتمثل خصوصية عقود العمليات المصرفية الالكترونية في خصوصية العقد في حد ذاته كونه مبرما عن بعد وبطريقة الكترونية، وفي خصوصية أطرافه، البنك أو المؤسسة المالية التي تقوم بتقديم العمليات المصرفية بطريقة الكترونية، والشروط الواجب توافرها في هذه المؤسسات للقيام بالعمليات المصرفية الالكترونية، أو الشروط الواجب توافرها في المؤسسات الاخرى لتتمكن من الحصول على الاعتماد والقيام هي أيضا بمختلف هذه العلميات، أو القيام ببعضها فقط.

من أهم الاشكاليات التي تثيرها عقود العمليات المصرفية الالكترونية، بسبب طبيعتها وبكونها عقودا الكترونية مبرمة عن بعد بطريقة الكترونية، بدون الحضور الفعلي للزبون إلى مقر البنك لإبرام العقد، اشكالية التعبير عن الإرادة أو التراضي. كما أن عقود العمليات المصرفية الالكترونية، من حيث شكلها كعقود مكتوبة هي عقود الكترونية مكتوبة على دعامة الكترونية، ومن ثم تفتقر للطابع المادي للكتابة، كما أن التوقيع على هذه العقود يتم بطريقة الالكترونية، ومن ثم تطرح اشكالية اثبات هذه العقود ومدى حجية الكتابة الإلكترونية والتوقيع الالكترونين. ومن أهم الاشكالات أيضا التي تثيرها العقود المصرفية الإلكترونية كيفية التأكد من هوية المتعاقد عن بعد.

تناول قانون التجارة الالكترونية العقد الالكتروني بصفة عامة لكنه لم يشير إلى العقد المصرفي الالكتروني، ومن هنا نتساءل عن مدى امكانية تطبيق الاحكام المتعلقة بالعقد الالكتروني الواردة بهذا القانون على العقد المصرفي الإلكتروني، موضوع هذه الدراسة.

من جهة أخرى تناولت قوانين مختلف الدول التي نظمت العقود الالكترونية المبرمة عن بعد، سواء المتعلقة بالسلع والخدمات بصفة عامة أو المتعلقة بالخدمات المالية والمصرفية بصفة خاصة، تنظيم هذه العقود ونظمت كل الاحكام المتعلقة بهذا النوع الجديد من العقود في البيئة الافتراضية. وعليه نتناول في هذا الفصل العقد المصرفي الالكتروني كأساس تقوم عليه العمليات المصرفية الالكترونية، ونفصل في المبحث الأول من هذا الفصل في ابرام عقود العمليات المصرفية الالكترونية، على أن نفصل في اثبات هذه العقود في المبحث الثاني.

المبحث الأول

ابرام العقد المصرفي الالكتروني

قبل التفصيل في موضوع ابرام العقود المصرفية الالكترونية كأساس للعمليات المصرفية الالكترونية، نشير إلى أن بعض العمليات المصرفية القليلة يمكن أن تتم بين البنك والعميل من غير عقد مكتوب، وذلك على غرار عمليات الصندوق، وبعض العمليات المتعلقة بالصرف، حيث أن العلاقة بين البنك والعميل تنتهي بمجرد القيام بالعملية على مستوى الصندوق، فهي لا تتطلب ابرام أي عقد[1]، لكن تبقى العقود هي الأصل العام لتنظيم مختلف العمليات المصرفية، بين البنك والعميل، بغض النظر عن طبيعة هذه العقود سواء كانت عادية أو الكترونية.

نتناول في هذا المبحث مفهوم العقد المصرفي الالكتروني وخصوصية أطرافه في مطلب أول على أن نتناول التعبير عن الإرادة في العقود المصرفية الإلكترونية في مطلب ثان.

المطلب الأول

مفهوم العقد المصرفي الالكتروني وخصوصية أطرافه

نتناول الحديث عن مفهوم العقد المصرفي الالكتروني وخصوصية أطرافه من خلال دراسة مفهوم هذا العقد في فرع أول على أن نتناول خصوصية أطرافه في فرع ثان.

الفرع الأول

مفهوم العقد المصرفي الالكتروني

يتطلب الحديث عن مفهوم العقد المصرفي الإلكتروني التطرق لتعريف هذا العقد أولا، ثم خصائصه ثانيا.

أولا- تعريف العقد المصرفي الالكتروني

يشكل تعريف العقد المصرفي الالكتروني أهمية بالغة، كونه مصطلح حديث مركب يجمع بين ثلاث مصطلحات هامة هي العقد، المصرف والالكتروني، وعليه نتناول الحديث عن هذا المصطلح الجديد من خلال توضيح مختلف المصطلحات المشكلة له.

أ- تعريف العقد المصرفي

قبل الحديث عن العقد المصرفي الالكتروني يجدر بنا الحديث عن العقد المصرفي الذي تكيف على أساسه كل العمليات المصرفية أو خدمات البنوك. إن العقود المصرفية عندما تؤخذ في عمومها،

[1]- ثمة بعض العمليات المصرفية التي يتقوم بها البنوك يكون أساس التزام المصارف فيها هو إرادته المنفردة، كما هو الحال مثلا في الاعتمادات المستندية، و بخاصة التزام البنك في مواجهة المستفيد. عكاشة محمد عبد العال، القانون التجاري الدولي العمليات المصرفية الدولية، دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2012، ص 170.

تقدم مجموعة من الخصوصيات فهي بحكم أصالة التقنيات التي تستعملها ودور العرف المصرفي فيها، تبتعد كل البعد عن ارتباطها بنماذج العقود التي ينظمها القانون المدني[1]. فإذا كانت النظرية العامة للعقد تمتد قواعدها العامة إلى تكوين العقد وحجيته وتفسيره وتنفيذه، فإن تقنيات البنوك والأعراف المهنية تلعب دورا أساسيا ومحددا في تفصيل قالبها التنفيذي.

إن الاشكالية التي تطرح في مجال العقد المصرفي، تتعلق أساسا بمفهوم الإيجاب في هذا العقد، وفي طبيعة وشروط إعداده، ومدى تأثيره على إرادة المتعاقد، أي الزبون سواء كان مستهلكا، أو مهنيا. ولهذا فإن بعض الفقهاء يعتبرون أن العقد المصرفي من عقود الإذعان[2].

يشكل العقد المرجعي للخدمات المصرفية الإطار أو المرجع القانوني الملائم لتنظيم العلاقة بين البنوك والزبون[3]، والذي يعتبر عقدا منظما بأنظمة العمليات المصرفية سواء تلك الصادرة عن المؤسسة المصرفية ذاتها أو تلك المتعلقة بالأعراف أو الاتفاقيات الدولية. وفي في هذا الإطار فإن أول علاقة وظيفية تبرز بين البنك والزبون، تكون من خلال فتح الحساب البنكي، الذي يمكن أن يستخدم لعدة أغراض حسب حاجيات الزبون المعبر عنها.

يحدد العقد الإطار لفتح الحساب المصرفي ، إطار العلاقة بين البنك والزبون، كما يحدد موضوع الخدمات المرتبطة بفتح الحساب. وهو الذي يمكن الزبون، من سلطة اكتساب الخدمات بإصدار الأوامر للبنك من أجل القيام بالعمليات التي يرغب فيها، كأوامر الدفع والفاتورات وتلقي الأوراق التجارية والودائع والتسبيقات بمبالغ معينة وغيرها. هذه السلطة التي تجد أساسها في العقد المرجعي، تنتج التزامات متبادلة وذات تأثير حتى على مستوى المسؤولية المدنية والجزائية.

ب– تعريف العقد الالكتروني

لقد كان لمختلف القوانين النموذجية التي أصدرتها الأونسيترال[4]، وقوانين الاتحاد الأوروبي[5] وبعض القوانين الفرنسية[6] الدور الكبير في إعادة تشكيل مفهوم العقد، وصياغته من جديد، بغض النظر

---

[1]- محفوظ لعشب، القانون المصرفي، المطبعة الحديثة للفنون المطبعية، الجزائر' 2001، ص 59

[2]- محفوظ لعشب، عقد الاذعان في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص 140.

[3]- محفوظ لعشب، القانون المصرفي، مرجع سابق، ص 61

[4]- اعتمدت الأمم المتحدة من خلال لجنتها للقانون التجاري الدولي القانون النموذجي بشأن التجارة الالكترونية بتاريخ 16 ديسمبر 1996، كما اعتمدت قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية، الصادر في 05 جويلية 2001. وفي هذا الاطار أصدرت أيضا منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية **(OCDE)** في 09 ديسمبر 1999 دليلا يتضمن "الخطوط التوجيهية لحماية المستهلك في ميدان التجارة الالكترونية".

[5]- نذكر منها التوجيهين الأوروبيين:

- La directive 97/7/CE du 20 mai 1997, concernant la protection des consommateurs en matière de contrat à distance, JO N° L 144/19 du 4.6.1997

- La directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, JO n° L013 du 19 janvier 2000.

[6]-- Loi N° 2004-575 du 21 juin 2004, pour la confiance dans l'économie numérique, modifié et complétée, JO du 22 juin 2004. Disponible sur le site : https://www.legifrance.gouv.fr/

عن موضوع العقد إن كان عقدا تجاريا أو عقد عملية مصرفية. حيث انتقل العقد من التعبير عن الرضى في بيئة مادية من خلال مجلس العقد واثبات بكتابة خطية ورقية إلى التعبير عن الرضى عن بعد وبطريقة الكترونية ضمن بيئة غير مادية افتراضية حيث الكتابة الكترونية والتوقيع الكتروني والاثبات الالكتروني، وقد يكون تنفيذ العقد أيضا الكترونيا[1]. هذه القوانين كان لها الدور الكبير في الاعتراف بخصوصية البيئة الالكترونية التي نشأ فيها هذا النوع الجديد من العقود، ومن ثم الاعتراف القانوني بالتعبير عن الرضى الكترونيا، والاعتراف بالكتابة الالكترونية والتوقيع الالكتروني، وغيرها من المسائل التي أوجدتها البيئة الالكترونية.

في الجزائر، بدأ الحديث عن حجية الكتابة الإلكترونية في الأثبات من خلال تعديل القانون المدني[2] سنة 2005، ثم صدر قانون التوقيع والتصديق الالكترونيين[3] 04/15 الذي لم تصدر المراسيم التنفيذية الخاصة به لحد الساعة. وأخير صدر قانون التجارة الالكترونية[4] 05/18. نتناول تعريف العقد الالكتروني من خلال التعريف التشريعي ثم التعريف الفقهي.

1- التعريف التشريعي للعقد الالكتروني

نظرا لكون مفهوم العقد الالكتروني مفهوم حديث، فقد تناول تعريفه المشرع الجزائري على غرار كثير من القوانين المقارنة. ونظرا لأهمية هذه التعاريف التشريعية في صياغة تعريف للعقد المصرفي ذي الطبيعة الالكترونية، نتناول بعضا منها في ما يلي.

عرف قانون التجارة الالكترونية العقد الإلكتروني بموجب الفقرة الثانية من المادة 06 بأنه: "العقد بمفهوم القانون 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ويتم ابرامه عن بعد دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء حصريا لتقنية الاتصال الكتروني"[5]. وبالرجوع للقانون[6] 04-02 نجده عرف العقد على أنه: "كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه"[7].

وهكذا يتضح من الجمع بين التعريفين أن العقد الالكتروني بمفهوم قانون التجارة الالكترونية هو عقد إذعان، مبرم عن طريق تقنيات الاتصالات الكترونية، حيث ينفرد المهني عموما بوضع بنوده ولا يمكن للمستهلك مناقشة هذه البنود.

---

[1] - Fatima Zahra Boulaich Bayssa, Op cit, p 110.

[2] - قنون 05-10 مؤرخ في 20 جوان 2005، معدل ومتمم للقانون المدني، ج ر رقم 44 بتاريخ 26 جوان 2005.

[3] - القانون رقم 15-04، مرجع سابق.

[4] - القانون رقم 18-05، مرجع سابق.

[5] - المادة 06 فقرة 02 من القانون رقم 18-05، مرجع أعلاه.

[6] - القانون 04-02، المؤرخ في 23 جوان 2004، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر رقم 41 بتاريخ 27 جوان 2004.

[7] - المادة 03 فقرة 01 القانون 04-02، مرجع أعلاه.

من جهة أخرى، القانون 04/18 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الالكترونية، عرف "الاتصال الكتروني" في المادة 10 الفقرة الأولى بأنها: "كل ارسال أو تراسل أو استقبال علامات أو إشارات أو كتابات أو صور أو أصوات أو بيانات أو معلومات مهما كانت طبيعتها، عبر الاسلاك أو الالياف البصرية أو بطريقة كهرومغناطيسية"[1].

ومن جهته القانون النموذجي الصادر عن الأمم المتحدة بشأن التجارة الالكترونية أشار إلى مفهوم العقد الالكتروني من خلال تعريفه لرسالة البيانات بقوله هي: "المعلومات التي يتم انشاؤها أو ارسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل الكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي". كما عرف ذات القانون تبادل البيانات الالكترونية على أنها: "نقل المعلومات الكترونيا من حاسوب الى حاسوب آخر باستخدام معيار آخر متفق عليه لتكوين المعلومات".

ولقد عرف التوجيه الأوربي رقم 7/97 الصادر في 20 ماي 1997 المتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد، السابق ذكره، العقد عن بعد في المادة 02 منه على أنه: "أي عقد متعلق بالسلع والخدمات يتم بين مورد ومستهلك من خلال الاطار التنظيمي الخاص بالبيع عن بعد أو تقديم الخدمات التي ينظمها المورد، والذي يتم باستخدام واحدة أو أكثر من وسائل الاتصال الالكترونية، حتى اتمام العقد"[2].

من جهته قانون المعاملات الالكترونية الاردني رقم 85 لسنة 2001، عرف العقد الالكتروني في المادة الثانية منه تعريفا دقيقا بأنه: "الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل الكترونية كليا أو جزئيا". هذه الوسائل الالكترونية التي يتم بموجبها العقد الالكتروني عرفتها ذات المادة بأنها: "أية تقنية لاستخدام وسائل كهربائية، مغناطسية، ضوئية أو أية وسائل مشابهة في تبادل المعلومات أو تخزينها".

ما يمكن استنتاجه من مختلف التعريفات التشريعية السابقة أنها كلها عرفت العقد الالكتروني على أنه عقد مبرم عن بعد بواسطة الاتصالات الالكترونية. ومن ثم يمكن القول بصفة مبدئية أن العقد الالكتروني هو عقد مبرم بطريقة الكترونية، أو بعبارة أخرى أن الفرق الوحيد بين العقد التقليدي والعقد الالكتروني هو الوسيلة المستعملة لإبرامه، وهي الوسيلة الالكترونية.

---

[1]- قانون رقم 18-04 مؤرخ في 10 ماي 2018، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الالكترونية، ج ر رقم 27 بتاريخ 13 ماي 2018.

[2]- Contrat à distance: tout contrat concernant des biens ou services conclu entre un fournisseur et un consommateur dans le cadre d'un système de vente ou de prestations de services à distance organisé par le fournisseur, qui, pour ce contrat, utilise exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance jusqu'à la conclusion du contrat, y compris la conclusion du contrat elle-même;

2- التعريف الفقهي للعقد الالكتروني

عرف بعض الفقه العقد الالكتروني على أنه: "العقد الذي يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول عبر شبكة اتصالات دولية باستخدام التبادل الالكتروني للبيانات، بقصد انشاء التزامات تعاقدية"[1].كما عرف أيضا على أنه: "ذلك العقد الذي يتم إبرامه بإحدى الوسائل الإلكترونية، سواء كليا أو جزئيا متى كانت هذه الوسائل تحدث التفاعل المطلوب لإتمام العقد بين أطرافه، ويرتب التزامات على عاتقهم"[2].

من خلال هذين التعريفين، يمكن التأكيد على أن العقد الالكتروني يتميز عن العقد العادي بما يلي[3]:

- عدم الالتقاء المادي لأطراف العقد لحظة تبادل التعبير عن الإرادة،
- ابرام العقد يتم بواسطة وسيلة الكترونية، تمكن التفاعل بين الأطراف،
- التباعد المكاني للأطراف، وعليه يمكن القول أن العقد يتم بين غائبين،
- عدم وجود المستند المادي المكتوب لهذا العقد، فهو مثبت على دعامة الكترونية.

ج- العقد المصرفي الالكتروني مفهوم مركب

لم نعثر على تعريف قانوني للعقد المصرفي الالكتروني، لا في القانون الجزائري ولا في القانون المقارن، و ذلك راجع ربما لحداثة هذا المصطلح وارتباطه بمجال الكتروني تقني دائم التطور.

غير أن التوجيه الأوروبي 65/2002 السابق الذكرالمتعلق بتسويق الخدمات المالية للمستهلكين عن بعد[4]، عرف العقد المالي الالكتروني بصيغة يمكن أن تكون قريبة من تعريف العقد المصرفي الالكتروني الذي نبحث عنه، وذلك على اعتبار أن هذا التوجيه قام بتنظيم تسويق الخدمات المالية عن بعد. فلقد عرف هذا التوجيه العقد على أنه: "كل عقد يتضمن خدمات مالية، مبرم بين مورد ومستهلك في إطار نظام بيع أو عرض خدمات عن بعد مقدم من طرف مورد، والذي يستعمل من أجل هذا العقد، حصريا، عدة طرق تقنية للاتصال عن بعد وإلى غاية ابرام العقد"[5]. فهذا التعريف أضاف للتعاريف السابقة الطبيعة المالية للعقد.

[1]- نقلا عن خالد ممدوح ابراهيم، ابرام العقد الالكتروني دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2011، ص 74.

[2]- لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الالكترونية، دار هومة، الجزائر، 2015، ص 43

[3]- لزهر بن سعيد، مرجع أعلاه ص 42

[4]- Directive 2002/65/CE, Op cit.

[5]-Article 1-a) : Contrat à distance: tout contrat concernant des services financiers conclu entre un fournisseur et un consommateur dans le cadre d'un système de vente ou de prestations de services à distance organisé par le fournisseur, qui, pour ce contrat, utilise exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance jusqu'à, et y compris, la conclusion du contrat.

ومن جهته أيضا التوجيه الأوروبي رقم 2366/2015 المتعلق بخدمات الدفع في السوق الأوروبية[1]، والمطبق على عمليات الدفع الالكتروني التي تعتبر إحدى أهم العمليات أو الخدمات المصرفية الالكترونية، جاء بما يسمى بالعقد الإطار « le contrat–cadre » الذي عرفه على أنه: "عقد خدمات الدفع الذي يحدد التنفيذ المستقبلي لعمليات الدفع المتميزة والمتتالية أو المتكرر، والذي يمكن أن ينص على الالتزامات والشروط المتعلقة بفتح حساب دفع"[2].

مع قلة الفقهاء والكتاب القانونيين الذين درسوا موضوع البنوك الالكترونية من الناحية القانونية، فإن هذه القلة القليلة اختلفت في وضع تعريف لعقود العمليات المصرفية الالكترونية إلى فريقين، يرى الفريق الأول أنه لا جدوى من وضع تعريف لهذه العقود، أو وضع تعريف لعقود العلميات المصرفية على الانترنت، معللين رأيهم هذا باتساع وتعدد الخدمات المصرفية الالكترونية بصورة مستمرة، الأمر الذي يصعب حصرها في تعريف يضبطها، هذا إضافة إلى تعدد وتنوع الوسائل الالكترونية التي تستخدم في تقديم هذه الخدمات من طرف البنوك[3].

ويرى فريق ثان أنه يمكن وضع تعريف لعقود للعمليات المصرفية الالكترونية. حيث عرفها بعضهم على أنها: "عبارة عن اتصال افتراضي بين العميل والبنك من أجل الحصول على خدمات مصرفية، أو إدارة الاموال المودعة لدى هذا البنك والتحكم فيها"[4].

من جهته عرف علاء التميمي عقود العمليات المصرفية على شبكة الانترنت بأنها "عبارة عن تلاقي الإيجاب والقبول لكل من البنك والعميل على شبكة الانترنت بهدف إنشاء رابطة عقدية أو تعديلها أو إلغائها، فيما يتعلق بإجراء إحدى العمليات المصرفية الالكترونية"[5].

وعليه يمكن تعريف العقد المصرفي الالكتروني على أنه عبارة عن عقد مبرم عن بعد، بإحدى وسائل الاتصال الكترونية، بين البنك أو مقدم الخدمات المصرفية الكترونيا والعميل، بهدف القيام بعمليات أو خدمات مصرفية الكترونيا. أي أن ابرام العقد يكون بطريقة الكترونية، كما أن تنفيذه يكون أيضا بطريقة الكترونية.

---

[1]-Directive (UE) 2015/2366, Op cit.

[2]- Article 4-21 : Contrat-cadre : un contrat de services de paiement qui régit l’exécution future d’opérations de paiement particulières et successives et peut énoncer les obligations et les conditions liées à l’ouverture d’un compte de paiement.

[3]- علاء التميمي، مرجع سابق، ص 320.

[4]- نقلا عن علاء الدين التميمي، مرجع سابق ص 321

[5]- المرجع نفسه، ص 324.

ثانيا- خصائص العقد المصرفي الالكتروني

من خلال مجمل التعاريف السابقة للعقد المصرفي الالكتروني، يمكن الخروج بمجموعة من الخصائص التي تميزها عن غيرها من العقود، نجملها في ما يلي:

أ- العقد المصرفي الالكتروني ذو طبيعة تجارية

رغم أن مصطلح العقود التجارية شائع الانتشار، إلا أنه يفقر للدقة والتحديد، ذلك لأنه لا توجد عقود تجارية بالمعنى المحدد لهذا المصطلح[1]. إنما العقود التي ينظمها القانون المدني قد تصبح عقودا تجارية اذا اندرجت في عداد الأعمال التجارية المحددة في القانون التجاري. ولقد قسم قانون التجارة الجزائري الأعمال التجارية إلى ثلاث أقسام هي الاعمال التجارية بحسب الموضوع والأعمال تجارية بحسب الشكل، والاعمال التجارية بالتبيعة[2].

ومنه يمكن القول أن العقود المصرفية الالكترونية، هي عقود تجارية لأنها تتعلق بالعمليات المصرفية، حيث تعتبر العمليات المصرفية وعمليات الصرف أعمالا تجارية بحسب الموضوع، كما يمكن اعتبارها أعمالا تجارية بحسب الشكل على اعتبار أن البنوك تأسس وفقا للقانون الجزائري على شكل شركات مساهمة[3].

ومنه فعقود العمليات المصرفية الالكترونية تكيف على أنها أعمالا تجارية بالنسبة للبنك وتخضع للقانون التجاري بالنسبة إليه في منازعاتها وفي اثباتها وفي الإعذار وفي تقادم الديون وغيرها. أما ما يتعلق بالطرف الثاني، فإذا كان مدنيا فتعبر هذه العقود أعمالا مختلطة، وأما إذا كان الطرف الثاني تاجرا، وانعقد العقد لأغراض تجارته، فتعتبر العقود بالنسبة إليه أيضا تجارية حسب مفهوم الاعمال التجارية بالتبعية.

ب- العقد المصرفي الالكتروني يبرم وينفذ عن بعد

هذا النوع من العقود يبرم عن بعد باستعمال وسيط الكتروني هو الانترنت في معظم الحالات وباستعمال مختلف الاجهزة والادوات الالكترونية المرتبطة بها، كالحاسوب والهاتف النقال، وغيرهما.

بخلاف التعاقد بين حاضرين في العقد التقليدي، الذي يتطلب حضور الطرفين أو وكيليهما في مجلس واحد للاتفاق على مختلف بنود العقد المزمع ابرامه، فإن العقد المصرفي الالكتروني المبرم بين البنك والمستهلك، أو العميل لا يجمعهما مجلس واحد بالمعنى التقليدي، ولا توجد مواجهة بين طرفي

[1]- مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص 9.
[2]- المواد 02 و03 و04 من القانون التجاري الصادر بالأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المعدل و المتمم.
[3]- المادة 83 من الأمر 03-11، المتعلق بالنقد و القرض، مرجع سابق.

العقد، فالعقد المصرفي في هذه الحالة يتم بدون التواجد المادي للطرفين لحظة تبادل التراضي، فيمكن القول أنه عقد بين غائبين.

المهم في تحديد التعاقد بين غائبين أن تفصل فترة زمنية بين صدور القبول وعلم الموجب به، و هنا يكون محل للتساؤل عن تاريخ ومكان ابرام العقد[1].

غير أنه بتطور وسائل الاتصال الحديثة أصبح التعاقد ممكن بين غائبين لا يجمعها نفس مجلس العقد، ومع هذا لا يكون هناك فارق زمني بين التعبير عن الإيجاب والتعبير عن القبول[2]، حيث يكون هناك حوار مباشر كتابة أو صوتا أو صوتا وصورة، فهذا لا يعتبر تعاقدا بين غائبين. فالعبرة بالفارق الزمني بين الإيجاب والقبول وليس بالمجلس الواحد الذي يجب أن يجمع المتعاقدين، العميل وممثل البنك.

و لقد جاء في نهاية التعريف السابق الوارد في التوجيه الأوروبي رقم 7/97 السابق ذكره: "... بحيث تستخدم تقنية الاتصال عن بعد لإبرام العقد".

كما أن استعمال التقنية الإلكترونية في العقد المصرفي الالكتروني، لا تتوقف عند حد ابرامه عن بعد، بل إن تنفيذه في كثير من الحالات يكون أيضا عن بعد وبطريقة الكترونية، فالخدمات البنكية والمصرفية، هي أكثر خدمات التجارة الالكترونية التي يمكن تنفيها عن بعد، إذ يمكن دفع مستحقات البضائع والخدمات عن بعد، كما يمكن تحويل الأموال من حساب إلى آخر عن بعد، كما يمكن تنفيذ كثيرا من الخدمات المصرفية الأخرى عن بعد.

ج- العقد المصرفي الالكتروني ذو طابع دولي

بفضل شبكة الانترنت يمكن للبنك التعاقد الكترونيا مع أي عميل في أي منطقة من مناطق المعمورة، وبهذا فالعقد المصرفي الالكتروني ذي طابع دولي، في معظم الأحيان، أما عندما يكون المتعاقدان وطنيين فلا يكون العقد المصرفي دوليا.

تعتمد الانظمة اللاتينية الجرمانية على عدة معايير أساسية لتحديد الطبيعة الدولية للعقد، أهم هذه المعايير هي: علاقة العقد بأكثر من قانون وطني، أي المعيار القانوني. وإذا كان العقد يدخل في مجال تطبيق اتفاقية دولية معينة، فيكون عقدا دوليا. وعندما يتخطى العقد الحدود الجغرافية للدولة، أو المعيار

[1]- عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ، 1998، ص 289.
[2]- لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 46.

الاقتصادي التقليدي. وكذا ارتباط العقد بمصالح التجارة الدولية، أو ما يسمى بالمعيار الاقتصادي الحديث[1].

ومن هنا يختلف قانون البنك عن قانون العميل سواء كان مهنيا أو مستهلكا، وهنا تنشأ اشكالية تنازع القوانين والقانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة المختصة في الفصل في حال نشوب نزاعات عند تنفيذ العقد. وقد سعى الاتحاد الأوربي من أجل تذليل اشكالية تنازع القوانين بين البنك والمستهلك من أجل تحديد المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق على المنازعة إلى إصدار عدة توجيهات في هذا المجال. نتناول الموضوع بأكثر تفصيل عند الحديث عن منازعات العمليات المصرفية الالكترونية، والقانون الواجب التطبيق، في الفصل الثاني من الباب الثاني.

كما أن دولية العقود المصرفية الالكترونية، تدخل البنك في صعوبة مراعاة الاعتبار الشخصي للعميل[2]، حيث أنه إذا كان العميل من دولة أجنبية على موطن البنك، فإن هذا الاخير يجد صعوبة في مراعاة الاعتبار الشخصي الذي يقوم عليه العقد المصرفي عموما، حيث يكون من الصعوبة بمكان معرفة مصادر الأموال المودعة بالبنك، ومدى مشروعيتها، وهذا ما يسهل عملية تبييض الاموال.

كما تثير الطبيعة الدولية للعقد المصرفي الإلكتروني أيضا اشكالية اللغة المستعملة في العقد. وهذا من شأنه التصادم مع بعض النظم القانونية الداخلية، فبعض الدول تشترط –لاعتبارات قانونية أو ثقافية– التعبير عن الإيجاب بلغتها الوطنية في العقود التي تبرم مع أحد مواطنيها، وذاك أيا كانت الطريقة أو الاسلوب المتبع في التعاقد. من هذه الدول فرنسا من خلال قانون*"Toubon"* الصادر في 1994/08/04، حيث اشترطت استعمال اللغة الفرنسية للتعبير عن الإيجاب في كل أنواع المعاملات، خاصة عند وصف السلعة أو الخدمة والإيجاب الخاص بها، وتعيين نطاقه وضمانه وطريقة التشغيل والاستعمال للوسائل الإلكترونية بسهولة ويسر[3].

ولقد أثار هذا القانون ضجة كبيرة، ثم تداركت الحكومة الفرنسية هذا الأمر سريعا، بمنشور صدر عنها في 19 ماي 1996، يخفف من حدة قانون *"Toubon"* . حيث ذهبت الحكومة الفرنسية إلى وجوب استخدام اللغة الفرنسية في كتابة البيانات على الشاشات الإلكترونية مع جواز اقترانها بترجمة إلى اللغة الانجليزية أو أي أية لغة أجنبية أخرى.

غير أن اللغة المستعملة في الإيجاب يمكن أن توضع كبند من بنود العقد، في العقد النموذجي الذي يقدمه البنك، على أن تكون لغة العقد لغة معينة. إلا أن هذا الشرط يمكن أن يؤثر على البنك من

---

[1]- عصام نجاح، محاضرات عقود التجارة الدولية، محاضرات القيت على طلبة الماستر قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قالمة، سنة 2015.

[2]- علاء التميمي، مرجع سابق، ص 333.

[3]- المرجع نفسه، ص 335.

الناحية التجارية، ولهذا تقوم معظم البنوك بترجمة عقودها النموذجية إلى مختلف اللغات الحية المستعملة عالميا.

غير أن الاقرار بالطبيعة الدولية لكل العقود المصرفية الالكترونية ليس بهذه السهولة. حيث يمكن التساؤل عن طبيعة العقد المصرفي الالكتروني الذي ينعقد بين بنك جزائري موطن في الجزائر وشخص طبيعي أو معنوي مقيم بالجزائر، يتعلق موضوعه بتحويلات مالية ومصرفية الالكترونية. كيف يمكننا القول أن هذا العقد المبرم بين جزائريين في الجزائر أنه عقد دولي بمجرد ابرامه بطريقة الكترونية؟

ثم إن الاقرار بدولية العقد في هذه الحالة، يترتب عليه نتائج خطيرة منها امكانية الاتفاق على اختصاص قضائي دولي غير القضاء الجزائري، كما يمكن الاتفاق على تطبيق قانون غير القانون الجزائري، وذلك نتيجة الطبيعة الدولية للعقد. ومن ثم لا يبقى شيء لما يسمى بالسيادة، حيث أن مواطنيها يخضعون في منازعاتهم للقانون الأجنبي[1].

د- العقود المصرفية الالكترونية عقود نموذجية

تتميز العقود البنكية بصفة عامة بكونها عقودا نموذجية مكتوبة وفق نماذج مطبوعة معدة مسبقا، لعمليات مصرفية متكررة، يقوم البنك بإعدادها مسبقا، لاعتبارات متعلقة بالسرعة والسهولة. حيث يعتبر تقديمها للعميل أو المستهلك إيجابا، ينعقد العقد بموجبها، إذا لاقى هذا الإيجاب قبولا من طرف المستهلك. ثم إن هذه العقود النموذجية تكتسب صفة الإذعان إذا لم يكن للمتعاقد إمكانية مناقشة الشروط الجوهرية للعقد، وهذا هو الحاصل في كل الحالات. ولقد أكد صفة الإذعان هذه تعريف العقد الوارد بالقانون 04-02 السابق الذكر[2].

و قد جاء تعريف عقد الإذعان في المادة 70 من القانون المدني كما يلي: "يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها"[3].

ثم أن هذه الطبيعة النموذجية للعقود المصرفية تزداد حدة عندما تنعقد بطريقة الكترونية عن طريق الانترنت، حيث لا يمكن تلاقي ممثل البنك بالعميل، ومن ثم لا يكون هناك مجال للتفاوض وهنا يكون العقد النموذجي هو المفضل والسريع والمناسب لهذه البيئة الالكترونية.

---

[1]- نفصل هذه النقطة أيضا عند الحديث عن منازعات العمليات المصرفية الالكترونية.
[2]- المادة 03 من القانون 04-02، مرجع سابق.
[3]- الأمر 75-58 ، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، مرجع سابق.

الفرع الثاني

خصوصية أطراف العقد المصرفي الالكتروني

طرفي العقد المصرفي الالكتروني هما البنك الالكتروني أو البنك مقدم الخدمات المصرفية الكترونيا والعميل. وإذا كان البنك كطرف أول في العقد المصرفي الالكتروني يعتبر تاجرا محترفا كون العمليات المصرفية هي أعمال التجارية، لا يثير أي اشكال، فإن الطرف الثاني وهو عميل البنك، قد يكون محترفا يقوم بالتعاقد مع البنك الالكتروني لأعماله التجارية، فتكون هذه الاعمال تجارية بالتبيعة ومن ثم تخضع كل أعماله للقانون التجاري، وقد يكون الطرف الثاني مستهلكا، وبالتالي يستفيد من الامتيازات والحماية التي يمنحها له قانون المستهلك في مواجهة البنك الالكتروني المحترف.

وعليه نتطرق إلى توضيح مفهوم البنك الالكتروني كطرف أول في العقد المصرفي الالكتروني أولا، على أن نتناول الطرف الثاني في العقد عميل البنك، ونفصل وضعه القانوني، كمحترف يخضع للقانوني التجاري، وكمستهلك يستفيد من حقوق المستهلك، ثانيا.

أولا- البنك مقدم الخدمات المصرفية الالكترونية

أصل كلمة "بنك" هي ترجمة لعبارة BANK اللاتينية التي تعني المصرف. حيث كان التجار في إيطاليا يستعملون مناضد يصرفون عليها النقود[1]، ويتداولون مختلف العملات، فنشأت الكلمة وتطورت. ولقد كانت الودائع عبارة عن أمانات تقدم للتجار "الصرافون" من أجل حفظها. غير أنه بمرور الزمن، أصبح هؤلاء الصرافون، بدل أن يعيدوا الأمانات لأصحابها كما كانت، أصبحوا يتصرفون فيها ويستثمرونها مقابل فائدة (ربوية) يعطونها لأصحاب الودائع خلال مدة معينة. من جهة أخرى فإن تسمية "مصرف" المستعملة كمرادف للفظة "بنك" في العديد من الدول العربية، كما هو الحال في مصر ولبنان، مأخوذة من عملية الصرف « change » التي مؤداها مبادلة النقود المحلية بالنقود الأجنبية أو العكس[2].

أ- مفهوم البنوك والمؤسسات المالية المتعامل التقليدي

لم يقتصر العمل المصرفي بمفهومه العام، على البنوك وحدها، بل وجدت هناك مؤسسات مالية تقوم ببعض العمليات أو الخدمات المصرفية، بطريقة كلاسيكية أو الكترونية مما وجب التفريق بين كل من البنوك والمؤسسات المالية.

---

[1]- أنشأ أول بنك في مدينة البندقية عام 1157، ثم بنك برشلونة بإسبانيا عام 1401، ثم بنك ريتالو بالبندقية عام 1587 ثم بنك أمستردام عام 1609، ثم بنك هامبورج عام 1619، ثم بنك انجلترا عام 1694، ثم بنك فرنسا عام 1800. وظهر استخدام الشيك في انجلترا لأول مرة سنة 1659. وفي عام 1792 انشأ مكتب البريد في انجلترا مكتبا لتحويل المبالغ النقدية الصغيرة. وفي عام 1876 بدأت شركة توماس كوك العمل بنظام ترافل فوشير« travel vouchers ». وفي عام 1881 ظهرت الأوامر البريدية لتحويل الأموال.ثم بدأت شركة أمريكان اكسبريس العمل بهذا النظام . وفي عام 1890 بدأ استعمال ابرق في إرسال تعليمات المعاملات المالية. وفي عام 1891 ظهرت شيكات المسافرين الخاصة بأمريكان اكسربريس. وفي عام 1915 ظهرت في أمريكا أولى بطاقات الائتمان المسماة .« Shopper's plates »، محي الدين اسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك من الناحية القانونية و العملية، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، النسر الذهبي للطباعة، بدون مكان نشر، 2001، ص28.

[2]- محمد لفروجي، العقود البنكية و عمليات البنوك، بين مدونة التجارة والقانون البنكي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، سنة 2000، ص7

1- تعريف البنك

لم يضع المشرع الجزائري، على غرار معظم تشريعات الدول الأخرى، تعريفا محددا للبنك أو المصرف، واكتفى قانون النقد والقرض في الباب الأول من الكتاب الخامس، تحت عنوان تعاريف، بذكر الأعمال أو "العمليات المصرفية"، التي لا يمكن لغير البنوك القيام بها، وهي: تلقي الأموال من الجمهور، لاسيما في شكل ودائع، وعمليات القرض، وكذا وضع وسائل الدفع تحت تصرف الزبائن و إدارة هذه الوسائل[1].

ومن القوانين التي عرفت البنك، قانون البنوك الأردني رقم 38 لسنة 2000، حيث عرف البنك بأنه: "الشركة التي يرخص لها بممارسة الأعمال المصرفية وفق أحكام هذا القانون، بما في ذلك فرع البنك الأجنبي المرخص له بالعمل في المملكة".

كما عرف القانون التجاري الموحد في الولايات المتحدة الأمريكية البنك في المادة الأولى منه، فقرة 02 بأنه: "أي شخص قانوني يحترف تقديم الخدمات المصرفية"[2].

و بالعودة إلى التشريعات التي لم تعرف البنوك، نجد أنها ذكرت بعض الشروط التي إن توافرت أصبحت المنشأة بنكا، ومنها قانون النقد والقرض الجزائري. حيث نجد أن من هذه الشروط، يجب أن يكون البنك في شكل شركة مساهمة، ويجب أن يحصل البنك على ترخيص بالنشاط من طرف مجلس النقد و القرض، و أن لا يقل رأس ماله على قدر معين يحدده مجلس النقد و القرض. كما أن البنوك الأجنبية التي ترغب في فتح فروع بالجزائر يجب عليها الحصول على ترخيص، كما تخضع في نشاطها لشروط محددة في القانون.

2- البنوك والمؤسسات المالية ومبدأ التخصص المصرفي

فرق المشرع الجزائري بين البنوك والمؤسسات المالية، من خلال قانون النقد والقرض 11/03، وذلك عند الحديث على العمليات المصرفية التي تعتبر حكرا على البنوك و لا يمكن لغيرها من مختلف المؤسسات المالية الأخرى القيام بها.

ويعتبر بعض الفقهاء[3] أن جوهر عمل البنك هو تلقي الودائع النقدية من الجمهور، وأن هذا العمل هو الذي يفرق بين البنك ومختلف المؤسسات المالية التي تعمل بأموالها الخاصة والتي لا تجمعها من الجمهور. هذا ما بينته المادة 71 من قانون النقد والقرض بقولها: "لا يمكن المؤسسات المالية تلقي الأموال من العموم، ولا إدارة وسائل الدفع أو وضعها تحت تصرف زبائنها. و بإمكانها القيام بسائر العمليات الأخرى"، أي عمليات القرض عموما.

---

[1]- المادة 66 من القانون 03-11، المتعلق بالنقد والقرض، مرجع سابق.

[3]- علاء الدين التميمي، مرجع سابق، ص 59.

[3]- علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 9.

لم يعرف قانون النقد والقرض 03-11 المؤسسات المالية، بينما عرفها القانون 90-10 الملغى على أنها: "المؤسسات المالية أشخاص معنوية مهمتها العادية والرئيسية القيام بالأعمال المصرفية ماعدا تلقي الودائع من الجمهور"[1]. غير أن القانون 03-11 قلص من العمليات المصرفية التي يمكن للمؤسسات المالية القيام بها، والواردة في هذا التعريف، حيث منعها من تلقي الأموال من الجمهور، كما هو الأمر في القانون 90-10، ومنعها أيضا من إدارة وسائل الدفع أو وضعها تحت تصرف الزبائن[2]. ومنه فالمؤسسات المالية يمكنها القيام بكل العمليات المصرفية المتعلقة بالائتمان أو القرض فقط.

ويقضي مبدأ التخصص المصرفي على تخصص البنوك والمؤسسات المالية فقط دون سواها بإمكانية القيام بالعمليات المصرفية، على اعتبار ان هذه العمليات لا يمكن ممارستها بصورة دائمة وباحترافية سوى من طرف الأشخاص المعنوية المعتمدة كبنك أو مؤسسة مالية حسب نص المادة 76 من قانون النقد والقرض.

ثم إن مبدأ التخصص المصرفي يمكن التعبير عنه بتسمية "الاحتكار البنكي"، هذا الاحتكار يمكن من خلاله للبنوك والمؤسسات المالية المعتمدة أن تتمتع بامتياز أو أولوية معينة على باقي المؤسسات في تأدية هذه المهنة. غير أن هذه الخصوصية تُبرر بضرورة حماية المودعين ضد أي خطر، كالتوقف عن الدفع أو إفلاس المؤسسة البنكية، إضافة إلى ما يسمح به من تركيز مكان تجمع النقود مما يسهل الرقابة على توزيع القروض[3].

ولقد أكد هذا المبدأ قرار مجلس الدولة الصدار في 08 ماي 2000، في قضية "يونين بنك" ضد محافظ بنك الجزائر، حيث جاء في نص القرار: "يعاب على يونين بنك أنها تلقت بصفتها مؤسسة مالية هذه الأموال، مخالفة بذلك أحكام المادة 115 من القانون رقم 90-10 المتعلق بالنقد والقرض"[4].

3- الامتداد الدولي للبنك

إضافة للدور الحيوي الذي يلعبه البنك على المستوى الداخلي، فإن البنك يعلب أيضا دورا حيويا وجوهريا على المستوى الخارجي، أي خارج دولة موقع المقر الرئيسي له، فكلما زادت حركة التبادل التجاري عبر الحدود كلما زاد نشاط البنوك واتسع مجال ممارستها لنشاطاتها المختلفة. فضلا عن ذلك فالبنوك الكبيرة تبسط نشاطها المصرفي خارج الحدود في شكل تواجد فعلي يتم في شكل فروع أو مكاتب تمثيل، بعد دراسة السوق التجاري في الدول الأجنبية التي تريد توجيه أعمالها المصرفية باتجاهها. فلا يقتصر نشاط البنوك الكبرى على إقليم الدولة التي تعمل فيها، وهي لا تكتفي بأن تفتح منافذ لها في الخارج، إنما الملاحظ أن جزءا من العمليات التي تقوم بها لها الصفة الدولية. فهناك عمليات مصرفية

---

[1]- المادة 115 من القانون 90-10، المؤرخ في 14 أفريل 1990، المتعلق بالنقد والقرض، ج ر رقم 16 بتاريخ 18 أفريل 1990. ملغى.

[2]- تنص المادة 71 من القانون 03-11 على: "لا يمكن المؤسسات المالية تلقي الأموال من العموم، ولا إدارة وسائل الدفع أو وضعها تحت تصرف زبائنا، وبإمكانها القيام بسائر العمليات الأخرى".

[3]- سميرة محمودي، مرجع سابق، ص 152.

[4]- قرار مجلس الدولة رقم 2129 الصادر في 08 ماي 2000، مجلة مجلس الدولة، عدد06، بتاريخ 2000/08/15، ص 128

دولية بحسب موضوعها كما هو الحال بالنسبة للاعتمادات المستندية، وعمليات التحويل المصرفي للأموال، إضافة لذلك العمليات التي ينفذها مصرف الدولة لعميل أجنبي[1].

ولقد ازداد الامتداد الدولي لنشاط البنوك خارج الدول التي يقع فيها المقر الرئيسي لها، مع تطور وانتشار وسائل الاعلام والاتصال، ومع تطور وانتشار العمليات المصرفية الالكترونية، حيث أصبح من السهل جدا لأي بنك في أي منطقة من العالم أن يقدم خدمة مصرفية لعميل له في أي منطقة أخرى من العالم، وبدون إقامة فروع أو وكالات على الأرض.

وفي هذا جاء مقدمة قواعد الخدمات المصرفية الالكترونية، الصادرة مؤسسة النقد العربي السعودي تعريف المصرفية الالكترونية عبر الحدود على أنه: "تقديم منتجات أو خدمات لعمليات عبر الانترنت من قبل مصرف دولة ما إلى عميل مصرح له في دولة أخرى. ويشمل هذا التعريف الحالات التي يقدم فيها مصرف أجنبي منتجات أو خدمات لمقيمين في بلد أجنبي من موقع في البلد الأم للمصرف أو مؤسسة في بلد أجنبي آخر تكون خاضعة لأنظمته".

ب- شروط تأسيس البنوك والمؤسسات المالية

نص المشرع الجزائري من خلال قانون النقد والقرض على شروط وإجراءات مشددة لتأسيس البنوك والمؤسسات المالية. تهدف هذه الشروط المشددة إلى حماية المتعاملين معها، سواء كانوا مودعين أو مقترضين من جهة، وحماية الاقتصاد الوطني من جهة أخرى. وفي هذا الإطار لم يفرق المشرع الجزائري بين البنوك العمومية والبنوك الخاصة ولا البنوك الاجنبية، وذلك مند صدور قانون النقد والقرض 90-10.

اشترط المشرع الجزائري أن يؤسس البنك الخاضع للقانون الجزائري في شكل شركة مساهمة. ومع هذا يمكن بطريقة استثنائية تأسيس البنك في شكل تعاضدية[2]. أما البنوك الأجنبية المعتمدة في الجزائر فهي غير ملزمة بأن تؤسس في شكل شركات مساهمة.[3]. وعلى هذا سنتطرق في ما يلي لأهم شروط تأسيس البنوك والمؤسسات المالية، بموجب القانون 03-11.

1- الشروط المتعلقة بالحد الأدنى لرأس المال

يعتبر رأس مال البنك مؤشرا لمدى متانة وصلابة البنك المالية، ودرعا واقيا للمودعين من مخاطر سوء الإدارة و سوء التوظيف. فكلما كان رأس مال البنك كبيرا كلما زادت ثقة الجمهور والزبائن فيه، ومنه زاد الاقبال على التعامل معه.

[1]- عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص07.
[2]- المادة 83 من القانون 03-11، المتعلق بالنقد و القرض، مرجع سابق.
[3]- بمفهوم المخافة لنص المادة 83 من قانون النقد و القرض.

نصت المادة 88 من قانون النقد والقرض على أنه يجب على البنوك والمؤسسات المالية أن تتوفر على رأس مال مبرأ كليا نقدا يعادل المبلغ الذي يحدده مجلس النقد والقرض. هذا بالنسبة للبنوك الجزائرية، وكذلك الأمر بالنسبة للبنوك الأجنبية التي لها فروع في الجزائر. وعند صدور القانون 03-11 كان العمل جاريا بالنصوص التنظيمية لمجلس النقد والقرض المتعلقة بالقانون 90-10 الملغى. وفي هذا حدد النظام 90-01[1] رأس المال الأدنى للمؤسسات المالية بمبلغ 100 مليون دج، و بينما حدده بمبلغ 500 مليون دج بالنسبة للبنوك.

وقد تم تعديل النظام 90-01 بموجب النظام 04-01[2] الذي رفع قيمة رأسمال المؤسسات المالية إلى 500 مليون دج، ورفع رأسمال الأدنى للبنوك إلى 2.5 مليار دج. وأعطى هذا النظام مهلة سنتين للبنوك التي كانت تنشط في ظل النظام السابق، للرفع من رأسمالها. وقد اعتبرت بعض البنوك أن هذه المدة غير كافية للرفع من رأس مالها والتكيف مع التنظيم الجديد. وهذا ما حدث بالفعل حيث تم سحب اعتماد كلا من "ميني بنك[3]" و"أركو بنك[4]" بعد عدم القدرة على الرفع من رأسمالهما، وهذا رغم الدفع بعدم كفاية المدة التي حددها مجلس النقد و القرض، من طرف هذين البنكين.

وبعد الفضائح التي مني بها القطاع المصرفي في الجزائر، ورغبة منه في تدعيم استقرار البنوك قام مجلس النقد والقرض مرة أخرى بالرفع من الحد الأدنى لرأسمال البنوك سنة 2008، بموجب النظام 08-04[5] إلى 3.5 مليار دج بالنسبة للمؤسسات المالية و10 ملايير دج بالنسبة للبنوك.

2- الشروط المتعلقة بالمساهمين والمسيرين

منعت المادة 80 من قانون النقد والقرض كل من حكم عليه بجناية أو بعض الجنح، نذكر منها، اختلاس أو غدر أو نصب أو إصدار شيك بدون رصيد أو خيانة أمانة أو الإفلاس، من أن يكون مؤسسا[6] لبنك أو مؤسسة مالية أو عضوا في مجلس إدارتها أو مديرا أو مسيرا. كما يمنع من ذلك كل من قام بمخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بحركة الصرف. أو قام بالتزوير في المحررات التجارية الخاصة أو المحررات المصرفية، أو إخفاء أموال ناتجة عن هذه المخالفات. أو مخالفة مرتبطة بتبييض الأموال أو

---

[1]- نظام رقم 90-01 مؤرخ في 15 جويلية 1990، يتعلق برأسمال الأدنى البنوك والمؤسسات المالية العاملة في الجزائر، ج ر رقم 39 بتاريخ 12 سبتمبر 1990. (ملغى)

[2]- نظام رقم 04-01 مؤرخ في 04 مارس 2004، يتضمن تعديل النظام رقم 90-01 المتعلق برأسمال الأدنى للبنوك و المؤسسات المالية العاملة في الجزائر، ج رج رقم 27 بتاريخ 28 أفريل 2004 (ملغى)

[3]- مقرر رقم 05-01، مؤرخ في 28 ديسمبر 2005، يتضمن سحب اعتماد بنك "ميني بنك"، ج ر رقم 02 بتاريخ 15 جانفي 2006.

[4]- مقرر رقم 05-02، مؤرخ في 28 ديسمبر 2005، يتضمن سحب اعتماد بنك "أركو بنك"، ج ر رقم 02 بتاريخ 15 جانفي 2006.

[5]- نظام رقم 08-04، مؤرخ ف 23 ديسمبر 2008، يتعلق بالحد الأدنى لرأسمال البنوك و المؤسسات المالية العاملة في الجزائر، ج ر رقم 72، بتاريخ 24 ديسمبر 2008.

[6]- عرفت المادة 02 من النظام 92-05 المؤسسين على أنهم الأشخاص الطبيعيون وممثلو الأشخاص المعنويين الذين يشاركون بصفة مباشرة في عمل غرضه تأسيس مؤسسة، وألزمت المادة 03 من نفس النظام المؤسسين أن يلتزموا تحت مسؤوليتهم استيفاء كل الشروط القانونية لتأسيس البنوك ولا سيما الشروط الواردة في المادة 80 من قانون النقد و القرض.

تمويل الإرهاب. كما يمنع من ذلك كل من حكمت عليه جهة قضائية أجنبية بحكم يتمتع بقوة الشيء المقضي فيه، ويشكل في الجزائر إحدى الجنايات أو الجنح المنصوص عليها في المادة 80 من قانون النقد والقرض.

كما اشترط النظام 06–02[1] ضرورة أن يتضمن ملف طلب الترخيص بتأسيس بنك أو إقامة فرع لبنك أجنبي، جملة من العناصر والمعطيات المتعلقة بنوعية وشرف المساهمين وضامنيهم المحتملين، وكذا المساهمين الرئيسيين، والقدرة المالية لكل واحد منهم وتجربهم وكفاءتهم في الميدان المصرفي والمالي على العموم، والعمل على تقديم المساعدة في شكل اتفاق بين المساهمين.

ولا يرخص بالمساهمة الخارجية في تأسيس البنوك الخاضعة للقانون الجزائري إلا في إطار شراكة تمثل النسبة الوطنية 51 % على الأقل من رأس المال. مع إمكانية أن تكون المساهمة الوطنية من عدة شركاء[2].

كما حدد القانون الجزائري الشروط المتعلقة بالمسيرين[3] وأن لا يقل عددهم على اثنين[4]، يتوليان تحديد الاتجاهات الفعلية لنشاط البنك ويتحملان أعباء التسيير. وهذا الشرط واجب التحقق بالنسبة للبنوك الخاضعة للقانون الجزائري أو فروع البنوك الأجنبية بالجزائر، على أن يتقلد هذان المسيران أعلى وظيفتين في التسلسل السلمي للبنك وأن يكونا في وضعية مقيم[5].

واشترط النظام 92–05 صفات الأخلاق والشرف لممارسة المهنة المصرفية، وألزم المسيرين بإثبات تمتعهم بهذه الصفات سواء قبل تعيينهم أو عند ممارستهم لوظائفهم[6]. مع الإشارة إلى ضرورة توافر نفس الشروط بالنسبة لمسري البنوك الخاضعة للقانون الجزائري أو مسيري فروع البنوك الأجنبية، العاملة في الجزائري.

3– الشروط المتعلقة بالترخيص والاعتماد

تخضع عملية ممارسة النشاط المصرفي في الجزائر إلى ازدواجية الترخيص[7]، أي ضرورة الحصول على الترخيص من مجلس النقد والقرض والاعتماد من محافظ بنك الجزائر. فالترخيص يسمح

---

[1]- نظام 06-02 مؤرخ في 24 ديسمبر 2006، مرجع سابق.

[2]- حسب نص المادة 80 من القانون 03-11، المعدل بالقانون 10-04 المؤرخ في 26 أوت المعدل و المتمم لقانون النقد و القرض، ج ر رقم 50 بتاريخ 01 سبتمبر 2010.

[3]- عرفت المادة 02 من النظام 92-05 مؤرخ في 22 مارس 1992، متعلق بالشروط التي يجب أن تتوفر في مؤسسي البنوك و البنوك والمؤسسات المالية ومسيريها وممثليها، ج ر رقم 08 بتاريخ 07 فيفري 1993. المسير على أنه: "كل شخص طبيعي له دور في تسيير البنك كالمدير العام أو كل مسؤول يتمتع بسلطة اتخاذ التزامات باسمك البنك، وكل ممثل للبنك يملك حق التوقيع، وكل عضو في مجلس الإدارة أو مجلس المراقبة، وبصفة عامة كل من يتولى بصفة مباشرة أو بواسطة شخص آخر أو يتولى التسيير أو التمثيل"

[4]- المادة 90 من القانون 03-11، المعدل و المتمم.

[5]- القانون 10-04 المعدل للقانون 03-11، المتعلق بالنقد والقرض، مرجع سابق.

[6]- المادة 06 من النظام 92-05، السابق ذكره.

[7]- المادة 82 من قانون النقد و القرض، السابق ذكره

بتأسيس البنك التجاري كشخص معنوي، دون السماح له بالنشاط، فهذا الأخير لا يمكن القيام به إلا بعد الحصول على الاعتماد[1]. فالترخيص يكون للتأسيس والاعتماد لممارسة النشاط. ورغم أن قانون النقد والقرض 90-10 الملغى، يشترط الحصول على الاعتماد قبل ممارسة أي نشاط، سواء بالنسبة للبنوك العمومية أو البنوك الخاصة، إلا أن الأمر لم يكن كذاك بالنسبة للكثير من للبنوك العمومية. فخلال سنة 2001 لم يكن لكثير من البنوك العمومية الاعتماد اللازم لممارسة النشاط، والبعض الآخر من البنوك العمومية لم يقوم بعملية التكيف مع القانون، بعد حصولها على الاعتماد سابقا[2].

تتطلب عملية تأسيس بنك أو مؤسسة مالية أو إقامة فرع لبنك أجنبي مقره الرئيسي في الخارج أو فتح مكتب تمثيل لبنك أجنبي في الجزائر الحصول على ترخيص من مجلس النقد والقرض. حيث نصت المادة 63 من قانون النقد والقرض على أن من صلاحيات مجلس النقد والقرض، الترخيص بفتح البنوك والمؤسسات المالية وتعديل قوانينها الأساسية وسحب الاعتماد منها. وكذا الترخيص بفتح مكاتب تمثيل البنوك الأجنبية. ويرخص المجلس بتأسيس البنك من خلال ملف يحتوي خصوصا على نتائج التحقيق المتعلقة بالأعضاء المؤسسين ومدى استجابتهم للشروط المذكرة سابقا[3].

ولقد فصلت المادتان 02 و03 من النظام 06-02[4] مكونات ملف طلب الترخيص، كما فصلت التعليمة[5] 07-11 في الملف المقدم للمجلس وضرورة الإجابة على الأسئلة الملحقة بهذه التعليمة.

وبمناسبة الحديث عن تأسيس البنوك والمؤسسات المالية بموجب القانون الجزائري، نشير إلى المادة 59 من قانون مكافحة الفساد[6] 06-01، وفي إطار الإجراءات الرامية إلى مكافحة الفساد المالي، منعت إنشاء البنوك التي ليس لها حضور مادي على الأرض ، كما منعت البنوك والمؤسسات المالية المنشأة في الجزائر من التعامل مع هذه البنوك التي ليس لها حضور مادي.

ثانيا- عميلا المصرف المستهلك والمحترف

الطرف الثاني في العقد المصرفي الالكتروني هو الزبون أو عميل البنك الالكتروني، الذي قد يكون تاجرا محترفا، شخصا طبيعيا أو معنويا، يقوم بالتعاقد مع البنك الالكتروني لحاجات تجارته أو

---

[1]- المادة 92 من قانون النقد و القرض، السابق ذكره

[2] - Abdelkarim NAAS, le système bancaire Algérien de la décolonisation à l'économie de marché, édition INAS, Paris, 2003, p 289.

[3]-- المادة 80 من قانون النقد و القرض، السابق ذكره

[4]- نظام 06-02، مؤرخ في 24 ديسمبر 2006، السابق ذكره.

[5]- Instruction, 07-11 du 23 décembre 2007.

[6]- نصت المادة 59 من القانون 06-01 المتعلق وبالوقاية من الفساد ومكافحته على: "من أجل منع تحويل عائدات الفساد وكشفها، لا يسمح أن تنشأ على الإقليم الجزائري مصارف ليس لها حضور مادي ولا تنتسب إلى مجموعة مالية خاضعة للرقابة. كما لا يرخص للمصارف أو لمؤسسات المالية المنشأة في الجزائر بإقامة علاقات مع مؤسسات مالية أجنبية تسمح باستخدام حساباتها من طرف مصارف ليس لها حضور مادي ولا تنتسب إلى مجموعة مالية خاضعة للرقابة"

لحاجات متجره[1]، وقد يكون مستهلكا، شخصا طبيعيا أو معنويا، يقتني خدمة أو يقوم بعملية مصرفية الكترونية عن طريق الاتصالات الالكترونية مع البنك الالكتروني بغرض الاستخدام النهائي[2].

و في هذا الإطار، جاء في ديباجة التوجيه الأوربي 64/2007، المتعلق بهيئات الدفع في السوق الأوربية الداخلية: "أنه لا يتعين وضع كلا من الزبائن والمؤسسات في مستوى واحد من الحماية، حيث يجب ضمان حماية حقوق المستهلكين من خلال الإجراءات التي لا يمكن أن تكون في العقود المبرمة مع هيئات الدفع، في حين يكون من الحكمة ترك المؤسسات وهيئات الدفع يقررون ذلك بحرية. كما يجب إعطاء الإمكانية للدول الأعضاء، معاملة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، بنفس طريقة معاملة المستهلكين"[3].

ونحن من خلال هذه الدراسة نريد التركيز على المستهلك الالكتروني الطرف الضعيف في العقد. وبالنظر لاختلاف النظام القانوني لكل من المحترف والمستهلك المتعاقدان مع البنك بموجب عقد مصرفي الكتروني، نتناول الحديث عن المستهلك كطرف ثاني في العقد أولا، ثم نتناول الحديث عن المحترف، ثانيا، على أن نتناول الحماية المقررة للمستهلك في مواجهة البنك مقدم الخدمات المصرفية الالكترونية، ثالثا.

أ- المستهلك الالكتروني الطرف الضعيف في العقد

عرفت المادة 03 من القانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش[4]، المستهلك على أنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجانا سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي، من أجل تلبية حاجاته الشخصية أو تلبية حاجات شخص آخر أو حيوان متكفل به".

من خلال هذه المادة يمكن استخلاص العناصر الاساسية المكونة لهذا التعريف وهي أنه قد يكون شخصا طبيعيا أو معنويا، لا يهم أن كان اقتناء السلعة أو الخدمة بمقابل أو مجانا، يجب ان يكون اقتناء السلعة أو الخدمة للاستعمال النهائي، لا لإعادة بيعها، كما يجب أن يكون هذا الاستعمال لحاجة شخصية أو لحاجة شخص آخر متكفل به. و يدخل هذا المستهلك في علاقة تعاقدية مع مهني أو محترف[5].

---

[1]- تنص المادة 04 من القانون التجاري على: "يعد عملا تجاريا بالتبعية: الأعمال التي يقوم بها التاجر و المتعلقة بممارسة تجارته أو حاجات متجره، الالتزامات بين ا لتجار"

[2]- حسب تعريف المستهلك الالكتروني الوارد نص المادة 06 من القانون 18-05 ، المتعلق بالتجارة الالكترونية، مرجع سابق.

[3] - La directive européenne 2007/64/CE du 13 novembre 2007, Op cit.

[4]- قانون رقم 09-03 مؤرخ في 25 فيفري 2009، متعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، ج ر رقم 15 بتاريخ 08 مارس 2009.

[5]- عصام نجاح، **"حدود مفهوم المستهلك في التشريع الجزائري"**، الملتقي الوطني حول العقود الاستهلاكية، جامعة قسنطينة1 في 09 و 10 ديسمبر 2015، ص4.

كما تم تعريف المستهلك من خلال المادة 03 من القانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية[1] على أنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع أو يستفيد من عرض خدمات مجردة من كل طابع مهني". يلاحظ أن هذا التعريف الذي جاء به المشرع قبل التعريف السابق، أعطى مفهوما ضيقا للمستهلك، أكثر من التعريف السابق[2].

من جهته قانون التجارة الالكترونية قام بتعريف المستهلك الالكتروني من خلال نص المادة 06 بقوله: "المستهلك الالكتروني هو كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بعوض أو بصفة مجانية سلعة أو خدمة عن طريق الاتصالات الالكترونية من المورد الالكتروني بغرض الاستخدام النهائي".

ما يلاحظ على هذا التعريف أنه ربط تعريف المستهلك الالكتروني بالوسيلة المستعملة لاقتناء السلعة أو الخدمة وهي كل وسائل الاتصالات الالكترونية.

وبالنظر إلى مجمل هذه التعاريف التشريعية السابقة، يمكن القول أن المستهلك في عقود العلميات المصرفية الالكترونية هو كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني أو يستفيد من عملية أو خدمة مصرفية لحاجاته النهائية غير المهنية، وذلك باستعمال أية وسيلة الكترونية.

لكن ما يعنينا في هذا المقام هو معرفة المستهلك الذي يمكن أن يستفيد من الحماية المقررة بموجب هذا القانون لزبون البنك الالكتروني في العمليات المصرفية الالكترونية. بمعنى آخر هل يمكن للمحترف أن يكون مستهلكا؟

الإجابة على هذا التساؤل يدفعنا للتمييز بين رأيين في الفقه، بين من يعطي مفهوم واسع للمستهلك، و بين من يضيق هذا المفهوم.

يرى بعض الفقهاء أن المحترف يمكن أن يكون مستهلكا، يستفيد من الامتيازات والحماية الممنوحة بموجب قانون المستهلك. فالمحترف يمكن أن يقتني سلعة أو خدمة من محترف آخر ولكن بشرط أن يكون ذلك الاقتناء موجه لتلبية حاجة شخصية، لا علاقة لها بالمهنة، فيأخذ بذلك حكم المستهلك. أما إذا كان الاقتناء موجه لحاجة احترافية مهنية فيخرج من دائرة المستهلك و تصبح العلاقة محترف بمحترف[3].

---

[1]- قانون رقم 04-02 ، محدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، السابق ذكره.
[2]- عصام نجاح، حدود مفهوم المستهلك في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص6.
[3]- المرجع أعلاه.

هذا ما مهد له القضاء الفرنسي، حيث اعتبرت الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية في قرار لها صادر بتاريخ 1987/04/28 أن وكالة عقارية "شخص معنوي" تأخذ حكم المستهلك لما اقتنت جهاز الانذار ضد السرقة، لخروج موضوع العقد عن اختصاصها[1].

غير أن هناك فريقا آخر من الفقهاء، يصر على المفهوم الضيق للمستهلك، يستبعد من خلاله المحترف، حتى و لو كانت السلعة أو الخدمة خارجة من موضوع نشاطه المهني والاحترافي المعتاد، ويبرر هذا الفريق رأيه بكون المحترف لما يتحرك خارج مجال نشاطه ليس ضعيفا كالمستهلك أو أنه عديم الوسائل. كما أنه إذا أدخلنا المحترف في مفهوم المستهلك بهذه الطريقة، فأنه يمكننا أيضا إدخال المستهلك في مفهوم المحترف و ذلك عند قيامه باقتناء منتوجات أو خدمات تدخل في اختصاصه. كما اعتماد مفهوم المستهلك بهذا الاتساع يجعل حدود قانون المستهلك غير واضحة ويقودنا للوصول إلى نتائج احتمالية وغير ثابتة[2].

سنة 2014 تصدى المشرع الفرنسي للموضوع ووضع تعريفا للمستهلك وآخر للمحترف في مادة تمهيدية من قانون الاستهلاك[3] الصادر بتاريخ 17 مارس 2014. حيث حصر المستهلك في الشخص الطبيعي الذي يقوم بأعمال لا تدخل في إطار نشاطه التجاري، الصناعي، الحرفي، ولا يدخل هذا العمل أيضا في إطار أعماله الحرة، أو الأعمال الزراعية[4].

غير أنه بصدور تعريف المستهلك السابق من طرف المشرع الفرنسي لم يتم حسم الأمر بين موسع ومضيق مفهوم المستهلك. لكن ليس هناك ما يمنع القضاء من توسع الحماية للمحترف المتعاقد مع البنك الإلكتروني في إطار عملية مصرفية الكترونية، إذا كان هذا المحترف ليس له المعارف القانونية ولا القدرات التقنية لمواجهة قوة البنك المحترف في المجال المالي الخاص به[5].

من خلال النقاش الحاصل بين الفريقين، الموسع والمضيق في مفهوم المستهلك، يمكن القول أن قانون المستهلك لا يجب أن يقتصر على حماية المستهلك بالمعنى الضيق، حتى يستفيد من هذ القانون أكبر عدد ممكن من المؤسسات التي تتعاقد مع البنوك في إطار العمليات المصرفية الالكترونية، كما أن

---

[1]- نقلا عن عصام نجاح، حدود مفهوم المستهلك في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص7.

[2]- المرجع نفسه. ص 8.

[3]- Code de la consommation, sur site : www.legifrance.gouv.fr

[4] - Article préliminaire :
Pour l'application du présent code, on entend par ;
- Consommateur : toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole.
- Professionnel : toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui agit à des sons entrant dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, y compris lorsqu'elle agit au nom et pour le compte d'un autre professionnel.

[5]- عصام نجاح، حدود مفهوم المستهلك في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 9.

توسيع قانون المستهلك ليشمل لكل المحترفين المتعاقدين مع البنوك الالكترونية، أو المتعاقدين مع البنوك عن بعد، خارج اختصاصهم لا يجب أن يكون أبدا دون قيود لأنه ليس من أهداف ولا غايات قانون المستهلك أن يحل محل القانون المدني.

ب- المحترف عميل البنك الالكتروني

لم يستخدم كلا من القانون 04-02 المتعلق بقواعد الممارسة التجارية ولا القانون 09-03 المتعلق بالمستهلك وقمع الغش، مصطلح المحترف، ولكن استخدم الأول مصطلح "عون اقتصادي"، بينما استخدم الثاني مصطلح "المتدخل". من جهته قانون التجارة الالكترونية استخدم مصطلح "المورد الالكتروني".

ولقد عرف القانون 04-02، العون الاقتصادي على أنه: "كل منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدم خدمات أيا كانت صفته القانونية، يمارس نشاطه في الإطار المهني العادي أو بقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها"[1].

كما عرف القانون 09-03، المتدخل على أنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المنتوجات للاستهلاك"[2].

من جهته قانون التجارة الالكترونية عرف المورد الالكتروني على أنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بتسويق أو اقتراح توفير السلع أو الخدمات عن طريق الاتصالات الالكترونية"[3].

يتضح من خلال مجمل التعاريف السابقة أن المحترف هو شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عرض المنتوجات أو الخدمات للمستهلك، بأية وسيلة كانت عادية أو الكترونية، كما يجب أن يقوم بهذا العمل في إطار مهنته أو حرفته التي تأسس من أجلها. كما يفهم من نص التعريف السابق الوارد بالقانون 04-02 أن المحترف يمكن أن يكون غير تاجر "أيا كانت صفته القانونية".

من جهته الفقه الفرنسي عرف المحترف على أنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يتحرك أو ينشط في إطار نشاطه المعتاد والمنظم المتعلق بالإنتاج أو التوزيع أو تقديم الخدمات". كما تم تعريف المحترف أيضا على أنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي عمومي أو خاص الذي يسعى لتحقيق غايات تدخل في إطار نشاطه الاحترافي، سواء كان تجاري أو صناعي أو حرفي أو حر أو أخرى"[4].

---

[1]- المادة 03 من القانون 04-02، السابق ذكره.
[2]- المادة 03 من القانون 09-03، السابق ذكره.
[3]- المادة 06 من القانون 18-04، السابق ذكره.
[4]- نقلا عن عصام نجاح، حدود مفهوم المستهلك في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 12.

من خلال هذه التعاريف الفقهية، يفهم أن المحترف يمكن أن يكون تاجرا كما يمكن أن يكون غير تاجر (حرفي أو صاحب مهنة حرة)، فهو هنا يبتعد عن التاجر بمفهوم القانون التجاري. إذن فالمعيار الفاصل حسب الفقه الفرنسي هو "الطابع الاعتيادي" أو التكرار بمفهوم القانون التجاري، هذا هو العنصر الضروري في النشاط الذي يمارسه الشخص الطبيعي أو المعنوي، وفي صورة تنظيم معين ليعطي صورة الفعالية والاختصاص. فصورة التفوق هذه (المادي أو الثقافي أو العلمي المتخصص)، هي التي تقوم عليها حقوق المستهلك في مواجهة المحترف[1].

ج- الحماية المقررة للمستهلك عميل البنك الالكتروني قبل التعاقد

قبل ابرام العقد المصرفي الالكتروني، الزمت معظم التشريعات التي تناولت موضوع حماية المستهلك الالكتروني بمفهومه العام، أو التي تناولت المستهلك كمتعاقد محتمل مع البنك، بموجب عقد مصرفي الالكتروني للقيام بالعمليات والخدمات المصرفية الالكترونية، الحماية المقررة له كطرف ضعيف في مواجهة الطرف القوي في العقد وهو البنك أو المؤسسة المالية. وأهم مظاهر هذه الحماية هي الحماية المتعلقة بالإعلام المسبق للمستهلك الالكتروني، وحماية المستهلك من خلال التأكد من هويته قبل التعاقد.

1- الحماية المتعلقة بالإعلام المسبق للمستهلك

لم يلزم الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، البنك بإعلام الزبون أو المستهلك، رغم كون هذا الأمر من المبادئ التي استقر عليها العمل البنكي[2]، غير أنه تدارك ذلك بموجب التعديل الوارد بموجب الأمر[3] 10-04، الذي قام بإدراج المادة 119 مكرر 01، التي تلزم البنوك بتزويد الزبائن بكل معلومة مفيدة تتعلق بالشروط الخاصة بالبنك. هذا التأكيد على حق الزبون في الاعلام، جاء بعده مباشرة تأكيد نفس المادة أنه: "يجب أن تستوفي عروض القروض مطلب الشفافية وتشير بوضوح لكل الشروط المتعلقة بها". فالمشرع من خلال ادراجه هذه المادة أكد على حق الزبون في الاعلام من طرف البنك في كل ما يتعلق بالعمليات والخدمات المصرفية التي يقوم بها البنك وأكد، ثانية على أهمية الاعلام فيما يخص القروض البنكية.

من جهته النظام رقم 13-01[4] المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية، وضح المقصود "بالشروط" الواردة في المادة السابقة، والتي أوجب الأمر إعلام

---

[1]- المرجع نفسه.
[2]- تدريست كريمة، **"الحماية القانونية للمستهلك في العقود البنكية"**، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 15، عدد 0-2017، ص 244.
[3]- أمر 10-04 مؤرخ في 26 أوت 2010، معدل الأمر 03-11 المتعلق بالنقد و القرض، مرجع سابق.
[4]- نظام رقم 13-01 مؤرخ في 08 أفريل 2013، محدد للقواعد العامة المتعلقة بالشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية، ج ر رقم 29، بتاريخ 02 جوان 2013. هذا النظام ألغى النظام رقم 09-03 المؤرخ في 26 ماي 2009، محدد للقواعد العامة المتعلقة بشروط البنوك المطبقة على العمليات المصرفية.

المستهلك لكل معلومة تتعلق بها. حيث نصت المادة 04 منه على: "يقصد بالشروط البنكية، المكافآت والتعريفات والعمولات المطبقة على العمليات المصرفية التي تقوم بها البنوك والمؤسسات المالية".

كما أوجب هذا الأمر على البنوك والمؤسسات المالية أن تبلغ الزبائن والجمهور بكل المكافآت والتعريفات و العمولات المطبقة على العمليات المصرفية التي تقوم بها، وهذا باستعمال كل الوسائل[1].

في هذا السياق نصت الفقرة الأولى من المادة 05 من النظام 13-01 السابق ذكره على: "يتعين على البنوك والمؤسسات المالية، أن تبلغ زبائنها والجمهور، عن طرق كل الوسائل، بالشروط البنكية التي تطبقها على العمليات المصرفية التي تقوم بها". فعبارة "عن طريق كل الوسائل" الواردة في هذه الفقرة تبين امكانية استعمال البنوك أي وسلة ممكنة لإعلام الزبون، بما في ذلك الوسائل الالكترونية، ومواقع البنوك الانترنت ومواقع البنوك الالكترونية، إن وجدت.

كما أوجبت الفقرة الثانية من المادة السابقة، على البنوك والمؤسسات المالية، إعلام الزبائن بالتعريفات والعمولات المطبقة على استعمال الحسابات البنكية وأسعار الخدمات المختلفة. كما يجب إعلام الزبائن بقيمة الالتزامات المتبادلة بين البنك والزبون.

أما الفقرة الأخيرة من هذه المادة فبينت، أن هذه البيانات يجب أن تحدد في بنود عقد فتح الحساب المبرم بين البنك و الزبون، كما يمكن أن ترسل لا حقا من قبل البنك في شكل مستندات و كشوف معدة لهذا الغرض.

بقي أن نشير، في هذا السياق، إلى أن معظم المعلومات الواجب إعلام المستهلك بها والمحددة بموجب، الأمر 10-04 أوالتنظيم 01/13 السابق ذكرهما، تتعلق أساسا بالأسعار، كما أن هذا الإعلام يجب أن يكون للزبون بغض النظر أن كان مستهلكا أو حرفيا. وعلى هذا يمكن القول أن قانون النقد والقرض الجزائري لم يعط للمستهلك حماية خاصة لا بموجب العمليات المصرفية العادية ولا بموجب العمليات المصرفية الالكترونية.

من جهته خصص القانون 09-03 المتعلق على بحماية المستهلك وقمع الغش[2]، الفصل الخامس من الباب الثاني للحديث على الزامية اعلام المستهلك. حيث نصت المادة 17 منه على: "يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتوج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة". كما نصت المادة 18 من ذات القانون على أن بيانات الوسم وطريقة الاستخدام يجب أن تحرر باللغة العربية".

[1]- المادة 05، فقرة 01 من النظام 13-01 أعلاه.
[2]- قانون 09-03 ، متعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، مرجع سابق.

وعند النظر في هذين المادتين، نلاحظ أنهما تتحدثان عن عملية اعلام المستهلك بعد ابرام العقد بالطريق العادي وبعد استلام المنتوج، كما أنما تتحدثان عن المنتجات لا عن الخدمات. من جهة أخرى فإن هذا القانون يتحدث عن حماية المستهلك العادي الذي يقتني المنتجات بالطريقة العادية غير الالكترونية.

تفصيلا للأحكام المعلقة بإعلام المستهلك صدر المرسوم التنفيذي رقم 13-378 المحدد للشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك[1]. حيث بينت المادة 02 منه مجال تطبيق هذا المرسوم، و هو كل السلع و الخدمات الموجهة للاستهلاك مهما كان منشؤها أو مصدرها، و أن هدفه هو تحديد الاحكام التي تضمن حق المستهلك في الاعلام.

وقد تناول المرسوم التنفيذي 13-378، البيانات الإلزامية لوسم المنتجات الغذائية في الفصل الثالث، كما تناول البيانات الواجب على المنتج تقديمها في المنتجات غير الغذائية في الفصل الرابع.

أما المعلومات التي يجب على مقدمة الخدمة تقديمها للمستهلك في ما يخص الخدمات، فقد تناولها الفصل الخامس من المرسوم، في المواد من 51 إلى 57 .

ولقد بينت المادة 53 من المرسوم التنفيذي أنه يجب على مقدم الخدمة إعلام المستهلك بالخصائص الاساسية للخدمة المقدمة قبل ابرام العقد، في حالة عدم وجود عقد مكتوب من الطرفين، يجب على مقدم الخدمة جعل هذه المعلومات في متناول المستهلك قبل بداية تنفيذ الخدمة. وهذا هو موضوع حديثنا، أي الاعلام الذي يكون قبل ابرام العقد.

لكن التساؤل الذي يجب طرحه في هذا المقام هو هل يمكن تطبيق هذه المادة على العقود الالكترونية المبرمة عن بعد؟ وهل يمكن تطبيقها على الخدمات والعمليات المصرفية الالكترونية؟

تنص الفقرة الأولى من المادة 55 من المرسوم التنفيذي السابق الذكر على: "يجب على مقدم الخدمة أن يعلم المستهلك بكل الوسائل الملائمة، حسب طبيعة الخدمة، بالمعلومات الآتية....". فعبارة "كل الوسائل الملائمة حسب طبيعة الخدمة"، تدخل كل الوسائل التي من شأنها إعلام المستهلك عن طبيعة الخدمة، ومن الوسائل الالكترونية التي تستعملها البنوك من خلال مواقعها على شبكة الانترنت، أو من خلال الرسائل القصيرة على الهاتف الخلوي أو غيرها من الوسائل الكترونية المستعملة في هذا لمجال.

[1]- مرسوم تنفيذي رقم 13-378، مؤرخ في 09 نوفمبر 2013، محدد للشروط و الكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، ج ر رقم 58 بتاريخ 18 نوفمبر 2013.

كما أن البنوك في الجزائر، وكذا بريد الجزائر تستعمل مجموعة من المطويات والأوراق الاشهارية المطبوعة، ذات الهدف الاشهاري التي تعمل من خلالها على الاشهار على الخدمات المصرفية الالكترونية التي يمكن أن تقدمها للمستهلك، مثل خدمات البطاقات البنكية و التحويل الالكتروني للأموال وغيرها من الخدمات الالكترونية المقدمة من طرف البنوك الجزائرية . هذه المطبوعات الورقية غير الالكترونية قد تفي بالغرض المتمثل في حق المستهلك في الاعلام حول مختلف الخدمات البنكية الالكترونية قبل التعاقد مع البنك.

ولقد ذكرت المادتان 54 و 55 من المرسوم التنفيذي السابق بعض المعلومات التي يجب أن تكون في متناول المستهلك، منها اسم وعنوان الشركة والمعلومات المتعلقة بمقدم الخدمة (البنك في هذه الحالة)، الشروط العامة المطبقة على العقد قبل ابرامه، المعلومات المتعلقة بالسجل التجاري ومختلف التراخيص المطلوبة في هذا الميدان، واسم السلطة التي سلمتها، مدة صلاحية العرض كيفيات تنفيذ العقد، وكذا البنود المتعلقة بالضمان وفسخ العقد.

من جهته قانون التجارة الالكترونية، أوجب أن تكون كل معاملة تجارية الكترونية مسبوقة بعرض تجاري الكتروني[1]، هذا العرض يعتبر بمثابة إعلام مسبق للمستهلك الالكتروني، في كل مجالات التجارة الالكترونية، وينطبق هذا أيضا على الخدمات المصرفية الالكترونية.

هذا العرض التجاري الالكتروني يجب أن يكون سابقا لا برام العقد، موجها لإعلام المستهلك عن طبيعة الخدمة وتفاصيلها، ويتضمن هذا العرض على سبيل الذكر وليس على سبيل الحصر[2]، المعلومات المتعلقة بالسجل التجاري أو بطاقة الحرفي، والعناوين المادية والإلكترونية الخاصة بالمورد الالكتروني، طبيعة وخصائص السلع والخدمات المعروضة الكترونيا وأسعارها و كيفيات وإجراءات الدفع، والشروط العامة المتعلقة بالبيع، لا سيما فيما يخص حماية المعطيات ذات الطابع الشخصي.

كما يجب أن يتضمن العرض الالكتروني، حسب قانون التجارة الالكترونية، وصفا كاملا لمراحل تنفيذ المعاملة الالكترونية، ومدة العرض وآجال العدول عند الاقتضاء، وشروط تنفيذ العقد، وموعد التسليم، و طريقة ارجاع المنتوج أو استبداله أو تعويضه عند الاقتضاء.

ومن جهة أخرى، جاء في وثيقة تعليمات حماية حقوق عملاء البنوك، الصادرة عن البنك المركزي المصري[3]، وتحت عنوان قواعد حماية حقوق العملاء في ما يتعلق بالخدمات الآلية والالكترونية، أنه يتعين على البنوك ومقدمي خدمات الدفع ووكلائهم أو من ينوب عنهم تزويد العميل بالمعلومات

---

[1]- المادة 10 من قانون التجارة الالكترونية، السابق ذكره.

[2]- للتفصل أكثر في المعلومات الواجب توفرها في العرض الالكتروني، راجع المادة 11 من القانون 18-05.

[3]- صادرة بقرار مجلس إدارة البنك المركزي المصري في جلسته المنعقدة بتاريخ 13 فيفري 2019، على موقع البنك المركزي المصري: https://www.cbe.org.eg/ar/Pages/HighlightsPages

المتعلقة بالخدمة كحد أدنى، والمتمثلة أساسا في شرح لكيفية الاستخدام السليم لوسائل الدفع الالكترونية، وضرورة اعلام العميل بكافة التكاليف المرتبطة بالخدمة، وضرورة اعلامه أيضا بكافة المخاطر التي قد تنجر عن هذه الخدمة أو العملية المصرفية الالكترونية.

من جهته أيضا البرلمان الأوروبي ومن خلال التوجيه 31/2000 المؤرخ في 08 جوان 2000، المتعلق باستخدام وسائل الاتصالات في التجارة الالكترونية، أكد أنه إضافة إلى الشروط المتعلقة بوسائل الاتصال الواردة في القانون الأوروبي، يجب على الدول الأعضاء أن تسهر على مقدمي الخدمات بأن يجعلوا المعلومات التالية سهلة الدخول اليها، ومباشرة و دائمة. و ذكر التوجيه من هذه المعلومات العامة التي يجب أن تكون في متناول من وجهت لهم الخدمة (المستهلك المحتمل) وكذا السلطات المختصة، من هذه المعلومات: اسم مقدم الخدمة وعنوانه الجغرافي وعنوانه الالكتروني الذي يمكن من الاتصال به بسرعة وبجدية[1]. وكذا رقم السجل التجاري أو ما يعادله، تسمية الهيئات المهنية والدولة المسجل عندها بالنسبة للنشاطات المنظمة، وكذا مرجع للقواعد المهنية المطبقة على المنظمات في الدولة العضو في الاتحاد الأوربي.

وبموجب المادة 10 من ذات التوجيه، ذكر هذا الأخير طائفة أخرى من المعلومات التي يلتزم مقدم الخدمة، البنك الالكتروني في هذه الحالة، بتقديمها بطريقة واضحة ومفهومة وبعيدة عن أي غموض، وهذا قبل قيام المستهلك بتأكيد الطلبية، هذه المعلومات تتعلق أساسا بما يلي:

- مختلف الخطوات التقنية اللازمة لإبرام العقد،
- إمكانية حفظ العقد من طرف مقدم الخدمة بعد ابرامه، و مدى امكانه الوصول إليه،
- الوسائل التقنية التي تمكن العميل من تحديد وتصحيح الأخطاء المرتكبة أثناء كتابة المعلومات، وهذا قبل تأكيد الطلبية،
- اللغات المقترحة لإبرام العقد،
- بنود العقد والشروط العامة في شكل نموذجي على نحو يسمح للعميل بنقلها وتخزينها.

[1]- Selon l'article 5 du Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000, Relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur "directive sur le commerce électronique. Disponible sur le site : https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR

ويجب على البنك أن يجعل هذه المعلومات معروضة بصورة واضحة ومفصلة ومصاحبة لكل عقد على حدا[1]. كما أن هذه المعلومات لا تكون موحدة لكل التعاقدات، بحيث تكون هذه الارشادات مناسبة لنوع الخدمة الصرفية وتفصيلاتها الخاصة، حيث تختلف خطوات التعاقد باختلاف نوع الخدمة المتعاقد عليها مع البنك.

لكن السؤال الذي يجب طرحه في هذا السياق، ماذا لو لم يقم البنك بإعلام المستهلك بمختلف هذه المعلومات؟ وماذا لو أخل البنك على شبكة الانترنت بالتزامه بإعلام المستهلك بمختلف المعلومات المذكورة سابقا، كأن ذكر بعض المعلومات دون الأخرى؟

لم تتحدث المادة 78 ولا غيرها من مواد القانون 09-03، التي حددت عقوبة عدم وسم المنتوجات المحدد بموجب المادتين 17 و 18 من هذا القانون، عن جاء عدم اعلام المستهلك أو الاخلال ببعض تفاصيل هذا الاعلان كأن يذكر المورد بعض البيانات ويحجم عن ذكر بعض البيانات الأخرى. وهذا من شأنه أن يجعل التزام البنك في مواجهة العميل مجرد التزام ادبي، لا تنجر عن مخالفته أي عقوبة إدارية أو جزائية على غرار الاخلال بكثير من الالتزامات الاخرى، الواردة بفصل التدابير التحفظية ومبدأ الاحتياط، أو الأحكام الواردة بالفصل المتعلق بالمخالفات والعقوبات.

غير أن المادة 39 من قانون التجارة الالكترونية تداركت هذا الوضع، وقضت بغرامة جزائية من 50.000دج إلى 500.000دج لكل مورد الكتروني (بما فيه البنك الالكتروني) يخالف الالتزامات المنصوص عليها في المادة 11 والمتضمنة الزامية مقدم الخدمة بتقديم العرض بطريقة مرئية، مقروءة ومفهومة للمعلومات المشار اليها سابقا.

لكن هذه العقوبة أو الغرامة الجزائية الموقعة على المورد الكتروني عند مخالفته لالتزامه بإعلام المستهلك قبل ابرام العقد، ماذا يستفيد منها العميل؟ وعليه نرى أنه يفترض هنا تمكين العميل من إمكانية فسخ العقد، أو فسخ العقد مع التعويض.

2- حماية المستهلك من خلال التحقق من الهوية

أصبح التحكم في الهوية الالكترونية على شبكة الانترنت أمرا صعبا مقارنة بالهوية التقليدية، التي تكون باستعمال أو باستظهار بطاقة الهوية. لهذا فإن معظم المواقع الالكترونية تقوم بإدارة الهوية الالكترونية من خلال أنظمة تقنية متطورة. وبهذه المناسبة أصبحت الهوية الالكترونية تشغل اهتمام المختصين والشركات والحكومات على حد سواء. وعليه فقد أصبح من الضروري الاهتمام بتطوير أنظمة مراقبة و إدارة الهوية بشكل أكثر، وهو ما قام به المؤتمر العالمي للاتصالات الذي أقيم في مدينة جنيف

[1]- علاء التميمي، مرجع سابق، ص 355.

بسويسرا في 09 أكتوبر 2009، حيث قام بمناقشة موضوع الهوية الالكترونية وكيفية التحم فيها وتطبيقاتها ونظم إدارتها[1].

من أهم الإجراءات التي يجب على البنك القيام بها، قبل الدخول في التعاقد، من أجل القيام بعملية أو خدمة مصرفية الكترونية، الالتزام بالتحقق من شخصية العميل. ويعتبر هذا الإجراء غاية في الأهمية نظرا لخصوصية وسيلة التعاقد عن بعد، ونظرا لخصوصية موضوع العقد وهو عملية مصرفية تتعلق أساسا بالمال.

فطبيعة الوسيلة الالكترونية التي يعتمد عليها البنك في التعاقد مع عملائه عن بعد وعلى شبكة الانترنت، بصفة خاصة، تظهر أهمية وحاجة البنك إلى التعرف على شخصية المتعامل معه، وأن المعلومات المقدمة ترتبط فعلا بشخصيته هو. فشبكة الانترنت تتيح استعمال أو انتحال أية هوية يختارها المستخدم[2]، ولهذا كان من الضروري التأكد من هذه المعلومات ومن أهلية الزبون للتعاقد.

كما أن الطبيعة الخاصة للعقود المصرفية، وكونها تعظم من الاعتبار الشخصي[3]، الأمر الذي تزيد معه درجة وحرص البنك على التعرف مقدما على شخصية من يتعاقد معه، خاصة بعد أن أصبح مفهوم الاعتبار الشخصي لا يقتصر فقط على الجدارة المالية والائتمانية للحصول على إحدى الخدمات المصرفية، بل أضيف له بعدا جديدا يتمثل في التحقق من مشروعية الأموال التي يتم التعامل بها مع البنك، تجنبا للوقوع في جرائم غسل الأموال، خاصة وأن هذه الجرائم انتشرت كثيرا بانتشار التجارة الالكترونية. كما أن تحديد هوية البنك على شبكة الانترنت بالنسبة للعميل تعتبر من الأهمية بمكان، وذلك نظرا للانتشار الكبير للمواقع الالكترونية الوهمية التي تقدم نفسها على أنها مواقع لبنوك أو مؤسسات مالية أو متاجر الكترونية كبرى، من أجل النصب على الزبائن وسلبهم الأموال بطرق احتيالية.

ومن أجل تذليل هذه الصعوبات المتعلقة بتحديد هوية كل من البنك والعميل المتعاقدين الكترونيا على شبكة الانترنت، ظهرت هيئات وساطة تسمى جهات التوثيق أو جهات التصديق الالكتروني، أو مؤدي خدمات التصديق الالكتروني أو الطرف الثالث، تعمل على جمع البيانات والمعلومات عن مختلف الأطراف المتعاقدة الكترونيا في التجارة الالكترونية عموما. كما تقوم بمنح شهادات تصديق الكتروني موصوفة تثبت الصلة بين بيانات التحقق من التوقيع الالكتروني والموقع[4].

[1]- - يمينة حوحو، عقد البيع الالكتروني في القانون الجزائري، الطبعة الأولى ، دار بلقيس، الدار البيضاء، الجزائر، ، 2016، ص 45
[2]- يمينة حوحو، مرجع أعلاه، ص 37.
[3]- علاء التميمي، مرجع سابق، ص 359.
[4]- حسب تعريف شهادة التصديق الالكتروني الواردة بالمادة 02 من القانون 15-04، المتعلق بالتوقيع و التصديق الالكترونيين، مرجع سابق.

في هذا الإطار صدر القانون 15-04 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين[1]، الذي يهدف حسب المادة الأولى منه إلى تحديد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين، والذي يمكن أن يستعمل في كل المعاملات الالكترونية والتي منها التجارة الالكترونية عموما والعمليات المصرفية الالكترونية خصوصا.

والذي يعنينا هنا من الحديث عن التصديق الالكتروني، في هذا الفرع، هو إجمال أهم الخطوات العملية التي تمر بها عملية التعرف بين العميل والبنك الالكتروني، في مجال التعاقد عن بعد أو في أي من العمليات المصرية الالكترونية، أما الحديث عن الحديث عن النظام القانوني لشهادة التصديق الالكتروني ومختلف الهيئات المتدخلة في عملية التوثيق، فسنؤجلها إلى حين الحديث عن إثبات العمليات المصرفية الالكترونية.

عموما يمكن إجمال أهم مراحل أو خطوات التحقق من الهوية بين العميل والبنك الالكتروني، من خلال ما ورد بقانون التجارة الإلكترونية وغيره من النظم القانونية المقارنة، في ما يلي:

- يقوم العميل قبل التعاقد مع البنك، بالاتصال بجهة أداء التصديق، لمفتاحه العام الذي حصل عليه من البنك، والذي يرتبط بالمفتاح الخاص للبنك الالكتروني، أو البنك العامل على شبكة الانترنت.
- يقوم العميل باستصدار شهادة التوقيع الالكتروني، من الهيئة المختصة المحددة في القانون 15-04، ووفق الآلية المحددة في هذا القانون، وذلك بعد التحقق من تكامل بيانات الإنشاء مع بيانات التحقق من التوقيع.
- عندما يريد العميل التعامل مع أي بنك أو مؤسسة مالية بطريقة الكترونية فإن عليه أولا التأكد من هوية البنك أو المؤسسة المالية، وأن صفحة الويب الخاصة به حقيقة وليست وهمية، كما يجب عليه التأكد أن المفتاح العام للبنك صحيحا ومازال ساري المعول.
- يقوم العميل بإرسال بيانات شهادة التصديق الالكترونية الخاصة به إلى البنك، والتي تعتبر بطاقة الهوية الالكترونية للعميل، ثم يقوم بإرسال طلب إجراء العملية المصرفية الالكترونية وإدخال كل البيانات اللازمة لذلك.
- قبل أن يجيب البنك العميل على طبله المتعلق بالعملية المصرفية الالكترونية، عليه التحقق من هوية العميل عن طريق بيانات شهادة التوقيع الالكتروني المرسلة إليه، وذلك من خلال الاتصال بجهة التصديق الالكتروني.

[1]- القانون رقم 15-04، مرجع سابق..

- عندما يتأكد البنك من هوية العميل الالكتروني، يقوم بمتابعة كل مراحل التعاقد مع العميل وانجاز العملية المصرفية الالكترونية بكل ثقة وأمان.

المطلب الثاني

التعبير عن الإرادة في العقود المصرفية الالكترونية

لا يختلف التراضي في العقود المصرفية الالكترونية من حيث المبدأ عن التراضي التقليدي، إذ لا ينعقد العقد في كليهما إلا بتوافر رضا طرفيه، من خلال التعبير عن الإدارة[1] المتطابقة لكل منها. حيث نصت المادة 59 من القانون المدني على: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين، دون الإخلال بالنصوص القانونية".

ويكون التعبير عن الإرادة باللفظ وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع شكا في دلالته على مقصود صاحبه[2]. ويجب التنبيه إلى أن الكتابة في بعض الأحيان ليست مظهرا من مظاهر التعبير عن الإرادة، بل هي طريق لإثبات وجودها بعد أن سبق التعبير عنها[3].

وبتطور وسائل الاتصال الحديثة، أصبح التعبير عن الإرادة يتم بالوسائل الالكترونية عن بعد وبدون حضور أطراف العقد بمجلس واحد، حيث يتم الإيجاب والقبول في العقود المصرفية بين البنك والعميل إلكترونيا، عن طرق الانترنت أو عن طريق الوسائل الالكترونية الحديثة.

وإذا كان التعبير عن ارادة الطرفين في العقود المصرفية الالكترونية يتم أساسا من خلال تبادل الإيجاب والقبول في بيئة افتراضية الكترونية خاصة، فإن هذا يدعونا لدراسة خصوصية الإيجاب في العقود المصرفية الالكترونية في الفرع الأول، ودراسة خصوصية القبول في هذه العقود، في الفرع الثاني.

الفرع الأول

خصوصية الإيجاب في العقود المصرفية الالكترونية

نتناول في هذا الفرع مفهوم الإيجاب في العقود المصرفية الإلكترونية، أولا، ونتناول طرق التعبير عنه، ثانيا.

---

[1]- الإرادة عمل نفسي، ينعقد به العزم على شيء معين، و يقرر علماء النفس أن الإرادة يسبقها عملان تحضيريان، و يليها عمل تنفيذي. فأول مرحلة هي اتجاه الفكر إلى أمر معين، أي الإدراك. ثم يلي ذلك مرحلة التدبر، فيزن الشخص هذا الأمر ويتدبر. ثم تأتي المرحلة الثالثة و هي إمضاء العزيمة في هذا الأمر، و هذه هي الإرادة. فإذا انعقدت لم يبق بعد ذلك إلا المرحلة الرابعة و هي مرحلة التنفيذ. و هذه المرحلة الأخيرة هي عمل خارجي، أما المراحل الثلاث الأولى هي مراحل داخلية نفسية.، اثنان منهما يرجعان إلى الفكر، و الثالثة هي الإرادة المقصودة. نقلا عن عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، ص 149.

[2]- المادة 60 من القانون المدني.

[3]- عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ص 151.

أولا- مفهوم الإيجاب في عقود العمليات المصرفية الالكترونية

نتطرق للحديث عن مفهوم الإيجاب في عقود العمليات المصرفية الالكترونية من خلال تعريف الإيجاب أولا، ثم نميز الإيجاب الالكتروني عن غيره من المصطلحات المشابهة، ثانيا.

أ- تعريف الإيجاب الالكتروني

لم يعط القانون المدني تعريفا للإيجاب، كما لم يعط قانون التجارة الالكترونية 18-05 تعريفا للإيجاب الالكتروني، واكتفت المادة 10 منه بالتأكيد على أن كل معاملة تجارية الكترونية يجب أن تسبق بعرض تجاري، وأن توثق هذه المعاملة بموجب عقد الكتروني يصادق عليه المستهلك الالكتروني. كما ذكرت المادة 10 أيضا المعلومات الواجب أن يتضمنها هذا العرض الالكتروني.

الإيجاب مصطلح يدل على "التعبير البات عن إرادة شخص يعرض على آخر أن يتعاقد معه، وقد يكون موجها لشخص معين كما قد يكون موجها لشخص غير معين، أي موجها للجمهور"[1].

وقد عرفت محكمة النقض المصرية الإيجاب بأنه: "العرض الذي يعبر به الشخص الصادر منه على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين بحيث إذا ما اقترن به قبول مطابق له انعقد العقد"[2]. وفي تعريف قريب من هذا عرفت محكمة النقض الفرنسية الإيجاب على أنه: "عرض يعبر به الشخص عن ارادته في ابرام عقد معين، بحيث إذا ما اقترن به قبول مطابق انعقد العقد"[3].

من خلال هذه التعاريف يمكن أن نستشف الخصائص العامة للإيجاب:

- الإيجاب عرض بات: وذلك بانصراف نية الموجب على نحو جازم لإبرام العقد، وبدون هذه النية لا يوجد إيجاب.

- الإيجاب عرض كامل: وهنا يجب أن يتضمن الإيجاب العناصر الأساسية للعقد، التي تمكن من وجه إليه من الإحاطة بمجمل شروط العقد الجوهرية، ولا يشترط اشتماله على الشروط التفصيلية للعقد المزمع إبرامه.

- الاتصال بعلم من وجه إليه: يجب أن يصل الإيجاب إلى علم من وجه إليه بأي طريقة كانت، على نحو يعطي له فكرة واضحة على الموضوع.

[1]- فتحي عبد الرحيم عبد الله، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الطبعة الثانية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1999، ص 375.
[2]- مجموعة أحكام النقض في خمس سنوات، القسم المدني، طعن رقم 3197 لسنة 58 ق. 1990/1/8، ص 860.
[3]- نقلا عن لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الالكترونية، دار هومة، الجزائر، 2012، ص 72.

ولقد جاء في نص المادة 11 من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية: "في سياق تكوين العقد، وما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك، يجوز استخدام رسائل البيانات (الالكترونية) للتعبير عن العرض (الإيجاب) وقبول العرض. وعند استخدام رسالة البيانات (الالكترونية) في تكوين العقد، لا يفقد ذلك صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك العرض". فهذا النص يدعو الدول إلى الاعتراف بالإيجاب الالكتروني، وأنه يمكن أن يكن صالحا لقيام العقد الالكتروني، مام لم يتفق الطرفان على استبعاده.

من جهته نص البند3 فقرة2 من العقد النموذجي الخاص بالمعاملات الالكترونية والملحق بقانون الأونسيترال النموذجي على: "تمثل الرسالة إيجابا إذا تضمنت إيجابا لإبرام عقد مرسل إلى شخص واحد أو عدة أشخاص ما داموا معروفين على نحو كاف، وكانت تشير إلى نية مرسل الإيجاب أن يلتزم في حالة القبول، ولا يعتبر إيجابا الرسالة المتاحة إلكترونيا بوجه عام ما لم يشر إلى ذلك".

وقد عرف التوجيه الأوربي المتعلق بحماية المستهلك[1] الإيجاب الالكتروني على أنه: "كل اتصال عن بعد يتضمن كل العناصر اللازمة لتمكين المرسل إليه الإيجاب من أن يقبل التعاقد مباشرة، ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان".

من جهته القانون الأردني رقم 85 لسنة 2001 المتعلق بالمعاملات الالكترونية، اعترف أن الوسيلة الالكترونية تعد من وسائل الإيجاب أو القبول، حيث نصت المادة 13 منه على: "تعد الرسالة الالكترونية وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانونا لإبداء الإيجاب والقبول بقصد إنشاء التزام تعاقدي".

ولقد عرفت المادة 1369-4 فقرة1 من القانون المدني الفرنسي[2]، العرض الالكتروني، وبينت أنه يجب على المحترف الذي يقوم بعرض تقديم السلع و الخدمات بطريقة الكترونية أن يضع الشروط التعاقدية بطريقة يمكن حفظها أو إعادة استخراجها، وأن العارض الالكتروني يبقى ملزما بعرضه ما بقيت إمكانية الوصول إلى العرض بطريقة الكترونية.

ولقد عرفه الدكتور علاء التميمي على أنه: "عرض بات بإبرام عقد مصرفي باستخدام شبكة الانترنت، على أن يتضمن العناصر الأساسية للعقد، بحيث يتم العقد باقتران القبول به"[3].

[1] - Directive 1997/7/EC du 20/05/01997, op.cit.

[2] - Article crée par la loi LCEN du 21 juin 2000, relative à l’accomplissement de certaines formalités contractuelles par voie électronique.

[3] - علاء التميمي، مرجع سابق ص 378.

من خلال كل ما سبق يمكن تعريف الإيجاب في عقود العمليات المصرفية الالكترونية على أنه: عرض بات يُقدم من البنك أو البنك الالكتروني إلى العميل، عن بعد أو بوسيلة الكترونية، بهدف إبرام عقد يتعلق بعملية مصرفية الكترونية.

وحسب هذا التعريف فإن ما يميز الإيجاب في العقود المصرفية الالكترونية عن غيره من أنواع الإيجاب في بقية عقود التجارة الالكترونية، هو موضوع العقد المرتبط أساسا بعملية مصرفية أو خدمة بنكية. هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن ما يميز الإيجاب في العقود المصرفية الالكترونية عن غيره من أنواع الإيجاب في بقية العقود المصرفية هو الوسيلة الالكترونية التي يتم بها الإيجاب، كالأنترنت، أو الرسائل الالكترونية، أو الرسائل القصيرة على الهاتف المحمول أو غيرها.

ب- تمييز الإيجاب الإلكتروني عن غيره من المصطلحات المشابهة

قد تشهد المرحلة السابقة للتعاقد بين البنك الالكتروني والعميل صورا عدة للتعبير عن الإرادة منها الإيجاب التعبير البات عن الرغبة في التعاقد والذي يجب أن يشتمل على مختلف عناصر العقد، والذي قد ينتج عنه إبرام العقد إذا اقترن بقبول، ومنها الدعوة للتعاقد أو الدعوة للتفاوض من خلال الإشهار الالكتروني، أو التقليدي لمختلف الخدمات المصرفية. هذه الدعوة أو العرض لا ينبني عليها أي عقد لعدم اشتمالها للشروط الجوهرية للعقد.

لكن مع التطور الكبير للوسائل الالكترونية التي تستعملها البنوك للترويج لمنتجاتها وخدماتها المصرفية الالكترونية، أصبحت هذه الإعلانات والإشهارات تحتوي على كل الشروط الجوهرية للعقد، الأمر الذي جعل الحد الفاصل بين الإيجاب والإشهار أو الدعوة للتعاقد دقيقا وصعب التمييز. وعلى هذا الأساس نتناول هنا الحديث عن الإشهار الالكتروني والدعوة للتعاقد وما يميزهما عن الإيجاب الالكتروني.

1- تمييز الإيجاب الالكتروني عن الدعوة للتعاقد

لا يرتب القانون، كأصل عام، أي أثر قانوني على المفاوضات أو الدعوة للتعاقد، إذ من حق المتفاوض أن يقطع المفاوضات في أي مرحلة كانت وبدون سابق إنذار، دون أن يتحمل أية مسؤولة على ذلك، هذا بخلاف الإيجاب الذي يلتزم الموجب بالبقاء عليه طيلة المدة التي حددها في عرضه.

حسب مفهوم الإيجاب في قانون العقود الدولية[1]، العرض الذي لا يكون موجها لشخص أو لعدة أشخاص معينين، يعتبر مجرد دعوة للتعاقد، إلا إذا اتضحت نية العارض في ابرام العقد في حالة مقابلة هذه الدعوة بقبول، أي أن العرض الالكتروني لا يمكن اعتباره إيجابا إلا عندما لا يمكن العارض التحلل

[1]- - Meryem Edderouassi , op cit, p 161

من إيجابه. وهذا ما جاءت به المادة 3 فقرة 2 من مشروع العقد النموذجي في شأن المعاملات الالكترونية، الملحق بالقانون النموذجي للتجارة الالكترونية السابق ذكرها، حيث جاء في نهاية الفقرة "....ولا يعتبر إيجابا الرسالة المتاحة الكترونيا بوجه عام ما لم يشر إلى ذلك".

ولقد أكدت المادة 14 فقرة 2 من اتفاقية الأمم المتحدة حول عقود البيع الدولية للبضائع[1]، والتي يمكن إدراجها في هذا الموضوع، على أن كل عرض موجه إلى أشخاص غير محددين، يعتبر مجرد دعوة للتعاقد، إلا إذا أكد صاحب العرض بطريقة واضحة اتجاهه ما يخالف ذلك.

ومنه فإن العرض الإلكتروني الذي توجه البنوك لشخص أو لعدة أشخاص في إطار التعريف بالعمليات المصرفية الالكترونية لا يكون إيجابا إلا إذا كان محددا وباتا و يبرز نية البنك في إبرام العقد بمجرد التقاء عرضه (إيجابه) بقبول من وجه له.

2- تمييز الإيجاب الالكتروني عن الإشهار الالكتروني

نظرا للتأثير الكبير للإشهار الإلكتروني على التجارة الالكترونية عموما، وعلى الخدمات المصرفية الالكترونية خصوصا، ونظرا للتداخل الكبير بين الاشهار أو الاعلان والإيجاب، كان من الضروري توضيح هذا التداخل وإزالة هذا اللبس، وذلك بتحديد الطبيعة القانونية للإشهار الالكتروني عن الخدمات والمنتجات المصرفية، هل هو إيجاب أم مجرد دعوة للتعاقد.

عرف المشرع الجزائري الإشهار الالكتروني من خلال قانون التجارة الالكترونية، بقوله هو: "كل إعلان يهدف بصفة مباشرة أو غير مباشرة إلى ترويج بيع سلع أو خدمات عن طريق الاتصالات الالكترونية"[2]. أي أن الإشهار الالكتروني في مفهوم المشرع الجزائري مربوط أساسا بالوسيلة المستعملة التي هي الاتصالات الالكترونية، الدعامة الأساسية للتجارة الالكترونية. ولقد حدد المشرع مفهوم "الاتصالات الالكترونية"، من خلال القانون المتعلق بالقواعد الخاصة بالوقاية من الجرائم المتصلة بالإعلام والاتصال ومكافحتها على أنها: "أي تراسل أو إرسال أو استقبال علامات أو إشارات أو كتابات أو صور أو أصوات أو معلومات مختلفة بواسطة أي وسيلة الكترونية"[3].

وعليه يمكن القول أن الإشهار الالكتروني عن الخدمات المصرفية هو أي إعلان بواسطة أي وسيلة الكترونية، يهدف من خلاله البنك الالكتروني للترويج لخدمة مصرفية معينة. ومنه فإن كل

---

[1]- اتفاقية فينا لسنة 1980 الخاصة بعقود البيع الدولي للبضائع، اعتمدت بتاريخ 11 أفريل 1980، بدأ سريانها في 01 جانفي 1988، لم تصادق عليها الجزائر، على موقع لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي على الرابط:
https://uncitral.un.org/ar/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg

[2]- المادة 6 من القانون 18-04، السابق ذكره.

[3]- المادة 2 من القانون رقم 09-04 المؤرخ في 5 أوت 2009، المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الاعلام والاتصال ومكافحتها، ج ر رقم 47 بتاريخ 16 أوت 2009.

إعلانات البنوك الالكترونية على الويب تدخل في هذا المفهوم، وكذا إعلاناتها على محركات البحث في الانترنت وإعلانات البريد الالكتروني، وكل الرسائل القصيرة على الهاتف الذكي، وكذا الإعلانات على اللوحات الالكترونية في الشوارع والساحات تدخل في هذا المفهوم.

إن مميزات الإشهار الالكتروني حفزت الشركات التجارية بصفة عامة، والبنوك الالكترونية بصفة خاصة على أن تهتم بهذا النوع الجديد من الإشهار نظرا لتكلفته المنخفضة، ومردوديته الكبيرة، وحرية تعديل وتغيير الإعلان في أي وقت، وطريقة الاستبدال الآني. ذلك لأن من أهم المعلومات التي تريد الشركات الحصول عليها هو معرفة ما إذا كان الإشهار أو الحملة التسويقية حققت نتائجها؟ وهذا الأمر ممكن عن طريق الانترنت بمعرفة عدد زوار الموقع ألإشهاري، ومدى التفاعل معه بالإعجاب، والتعليق وإرسال الرسائل الالكترونية. الشيء الذي يساعد الشركات التجارية على تطوير وتعديل الإعلان التجاري للوصول إلى أكبر عدد ممكن من المستهلكين.

ومنه يمكن القول أن الإيجاب الالكتروني يختلف عن الاشهار الالكتروني، والحد الفاصل بينهما البيانات الواجب توافرها في الأول، وكذلك الشروط المتعلقة به، مما نقف به على نية المشرع في إلزام العارض الالكتروني على التعاقد، وليس مجرد التحفيز أو التحريض على التعاقد، مما يكيف الاشهار الالكتروني على أنه مجرد دعوة للتعاقد[1]. ومنه يمكن القول أن الإشهار الالكتروني يمثل مجالا سابقا نوعا ما في الإجراءات الرامية لإبرام العقد، وليس إيجابا[2].

أصبح الإشهار الالكتروني في مجال الخدمات المصرفية الالكترونية جذابا ومغريا ويحمل بيانات كثيرة عن الخدمة البنكية، فكان لزاما تحديد طبيعته القانونية إن كان إيجابا أو مجرد دعوة للتفاوض أو دعوة للتعاقد، وذلك من خلال تحديد معايير تمكننا من أن نفرق بينه و بين الإيجاب.

يقول "تيبو فاربياستThibaut VERBIEST" في هذا المجال: "أنه على القضاء في المستقبل تحديد إطار الإشهار وإطار الإيجاب، لأن تكنولوجيا الانترنت جعلت الفصل بينهما جد صعب"[3]. وعن طبيعة الإشهار الالكتروني يتساءل "أوليفي إتيانوOlivier ITEANU" إن كان الإيجاب الالكتروني إشهار في الوقت نفسه؟ ويضيف أن الفارق بين الإشهار والإيجاب باستعمال تكنولوجيا الانترنت في طريقه إلى الزوال"[4].

---

[1]- عبد الحق ماني، **" التنظيم القانوني لقيام التراضي في العقود الالكترونية على ضوء مشروع القانون المتعلق بالتجارة الالكترونية"**، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 09، العدد 02، جوان 2018، ص 142.

[2]- Meryem Edderouassi , op cit, p 163.

[3]- نقلا عن يمينة حوحو، مرجع سابق، ص 69.

[4]- المرجع نفسه.

ولقد قدم الأستاذ "تيبو فاربياستThibaut VERBIEST"معيارين للتفريق بين الإيجاب والإشهار الالكتروني، أحدهما موضوعي، يتعلق بمضمون البيانات والآخر مادي يتعلق بالضغط على الأيقونة، وذلك استنادا للنصوص القانونية الفرنسية في هذا الموضوع.

- مضمون البيانات

يرى "تيبو فاربياست" أن الإشهار الذي يتضمن البيانات الموجودة في الإيجاب هو في الوقت نفسه إشهارا، حيث يشمل عرضا جازما للتعاقد، وكذلك التعريف بالمنتوج قصد جلب أكبر عدد ممكن من المستهلكين؛ بمعنى أنه إذا كان موضوع الإشهار يتضمن البيانات اللازمة للتعاقد والمنصوص عليها قانونا، حينئذ يكون هذا الإشهار إيجابا، أما إذا لم يتضمن كل البيانات القانونية، أو ذكر جزء فقط منها، فنكون بصدد إشهار لا يعلو إلى درجة الإيجاب الذي يتميز بكونه بات وجازم لإبرام العقد. فمعيار التفرقة حسب رأيه معيار موضوعي يتحدد بموضوع الإشهار.

- الضغط على الأيقونة

يبين "تيبو فاربياست" هذا الفرق على أساس المعيار الثاني، وهو المعيار الشكلي المتمثل في المصطلح المستعمل في الإيجاب الالكتروني، و هو الضغط على الفأرة، و الذي يستعمل دائما عندما يتعلق بالإيجاب الالكتروني، وهي كلمة "اضغط هنا" في حين أن الإشهار لا يتضمن هذه الكلمة[1].

قد تعمد بعض البنوك الالكترونية على الانترنت على وضع بعض الإشهارات على خدماتها المصرفية تتضمن كل البيانات الضرورية للتعاقد، مما يجعل هذا العرض إيجابا تاما، لكن مع هذا تضع بعض العبارات التي تحد من القيمة القانونية لهذا العرض كإيجاب الكتروني، كأن تضع عبارة "هذا العرض لا يشكل وثيقة تعاقدية" أو "هذه البيانات قابلة للتغيير دون سابق إنذار"، ومن ثم يطرح الإشكال عن القيمة القانونية لهذا العرض، وهل يعتبر إيجابا الكترونيا؟

يرى الفقه في اتجاهه الغالب[2] يرى أن الاشهار الالكتروني هو دعوة للتعاقد، وليس إيجابا ولو حددت الاسعار والمواصفات ومختلف شروط العقد، وذلك بسبب عدم تحديد الشخص الموجه إليه الإيجاب، إضافة إلى تحريض المستهلك لشراء سلع ربما يكون ليس في حاجة لها عن طريق الدعاية والاغراء.

---

[1]- نقلا عن يمينة حوحو، مرجع سابق، ص 70.

[2]- محمد الصالح بين عومر، **"التراضي الالكتروني بين المنتج و المستهلك في التشريع الجزائري"**، مجلة الحقيقة للعلوم الاجتماعية والانسانية، مجلد 18 عدد 01 مارس 2019، ص 365.

ويعتبر هذا الطرح متماشيا مع مقتضيات التجارة الالكترونية[1]، وأن الضغط على الأيقونة من طرف المستهلك على الصفحة الواب الخاصة بالمنتج أو البنك الالكتروني في موضوع الحال، يعتبر إيجابا موجها للمنتج أو المورد يجوز له قبوله أو رفضه. ذلك أن المنتج أو صاحب الخدمة قد يعترضه مشكل نفاذ الكمية المعروضة أو مشكل كفايتها أو تغير سعرها عما كانت وقت الاعلان. فاعتبار العرض الموجه من طرف النبك الالكتروني في موضوع الحال إيجابا يؤدي إلى إلزامه بتوفير الخدمة، البطاقات البنكية مثلا، بالأسعار المطلوبة وبالشروط المعروضة في الاعلان.

ثانيا- طرق التعبير عن الإيجاب في عقود العليات المصرفية الالكترونية

يتم التعبير عن الإيجاب في عقود العمليات المصرفية الالكترونية بين البنك والعميل باستعمال طريقين اساسين، عن طريقة صفحة الواب الخاصة بالبنك أو عن طريق البريد الالكتروني.

أ- الإيجاب عن طريق صفحة الويب

الإجاب الموجه من طرف البنك الالكتروني عن طريق صفحة الواب الخاصة به هو إيجاب موجه للجميع، إلا إذا حدد البنك الموجب أن إيجابه موجه لدولة أو مجموعة دول معينة أو منطقة محددة أو حيز جغرافي معين، كما أنه الإيجاب الالكتروني للبنك مستمر ولا يرتبط بوقت محدد، إلا إذا حدد وقتا معينا لانتهائه أو شرطا قائما عليه، كانتهاء البضاعة أو نفاذ وسيلة الدفع الالكترونية التي يريد التعاقد عليها، مثلا.

ولا يكون الإيجاب عن طريق صفحة الويب إلا الكترونيا، أي من غير الحضور لمقر الوكالة. غير أن معظم البنوك الجزائرية تقوم بالإيجاب في عقود البطاقات البنكية الالكترونية من خلال تقديم نموذج لعقد مطبوع على ورق أعده البنك، يقدم للزبون بعد حضوره الفعلي لمقر الوكالة والإمضاء عليه بخط يده. ومن ذلك عقد البطاقة البيبنكية **CIB** [2]. وهذا في حقيقة الأمر لا يمكن اعتباره إيجابا الكترونيا حتى وإن كان موضوعه عقد بطاقة بنكية الكترونية، وذلك لأنه يتطلب الحضور الفعلي لمقر الوكالة البنكية لإمضائه.

إلا أن بريد الجزائر نجده قد وضع على موقعه إيجابا في شكل نموذج لطلب البطاقة مرفقا بشروط تسليم وعمل البطاقة، فإذا ملأ الزبون هذا الطلب وأشر على زر الموافقة ثم زر التصديق يكون قد أرسل الطلب إلى بريد الجزائر، ومن ثم عبر عن قبوله من غير الحضور الفعلي لمقر وكالة بريد

---

[1]- خالد ممدوح ابراهيم، مرجع سابق، ص 204

[2]- حسب نموذج عقد حامل بطاقة CIB التي يسوقها بنك القرض الشعبي الجزائري، حيث يقوم كلا من مدير البنك وصاحب الحساب وحامل البطاقة بالتوقيع الخطي على العقد المطبوع على الورق بمقر الوكالة.

الجزائر[1]. وهذه هي الطريقة المتبعة من طرف معظم البنوك الاجنبية المتطور في التعبير عن الإيجاب لإبرام عقد متعلق بعملية مصرفية الكترونية. أما طريقة البنوك الجزائرية فتبدو غير متطورة ولا تواكب التطور الحاصل في العمل المصرفي الإلكتروني، ولا تساير روح العقود الالكترونية، حيث يتم التعبير عن الإيجاب والقبول بطريقة الكترونية عن بعد، ومن غير الحضور الفعلي المتزامن لمجلس العقد.

ب- الإيجاب عن طريق البريدي الالكتروني

من الطرق المستعملة في التعبير عن الإيجاب في العقود الالكترونية عموما، طريقة البريد الالكتروني أو رسائل البيانات الالكترونية، حيث يقوم الموجب بإرسال إيجابه عن طريق رسالة الكترونية إلى شخص واحد محدد بذاته، أو إلى عدة أشخاص في آن واحد عن طريق الحصول على العناوين الالكترونية لكل هؤلاء الاشخاص، وإرسال إيجاب واحد يصل كل واحد من هؤلاء الاشخاص. لكن يجب أن يتم الحصول على العناوين الالكترونية للأشخاص الموجه إليهم الإيجاب بطريقة مشروعة، وفي هذا أوجب المشرع الجزائري ضرورة الحصول على الموافقة من طرف المستهلكين المحتملين قبل جمع بياناتهم الشخصية، مع ضمان أمن وسرية هذه البيانات[2].

وقد نصت كثير من القوانين الأجنبية[3] والقوانين النموذجية الدولية على صلاحية البريد الالكتروني للتعبير عن الإيجاب في العقود الالكترونية[4]. من جهته المشرع الفرنسي ومن خلال المواد 1369-2 إلى 1369-5 من القانون المدني[5]، فصل في استعمال الرسائل الالكترونية في التعبير على الارادة، وأورد بعض شروط استعمال هذه الطريقة في التعاقد وبعض الاستثناءات الواردة عليها.

بقي أن نشير إلى أن الإيجاب في بعض العقود المصرفية الالكترونية قد يصدر عن الزبون، فهو الموجب والبنك هو القابل، وهذا رغم أن كل بنود العقد تم تحديدها مسبقا من طرف البنك وتم عرضها كدعوة للتعاقد، ويكون ذلك في خاصة في العقود المتعلقة بالبطاقات الالكترونية، هذا ما يتضح هذا خلال الاطلاع على مختلف العقود المصرفية لبطاقات الدفع الإلكترونية سارية المفعول في الجزائر، بطاقة الدفع البيبنكية[6]، أو بطاقة فيزا الدولية[7]، أو بطاقة الذهبية لبريد الجزائر[8].

---

[1]- على موقع بريد الجزائر: https://edcarte.poste.dz/ar/order_card.php

[2]- المادة 26 من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية، مرجع سابق.

[3]- نصت المادة 9 من قانون المعاملات الالكترونية الاردني على: "تعتبر رسالة المعلومات وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانونا لإبداء الإيجاب أو القبول بقصد إنشاء التزام تعاقدي".

[4]- نصت المادة 11، فقرة 1، من قانون الأونسيترال النموذجي للتجارة الالكترونية لسنة 1996 على: "في سياق تكوين العقود، وما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك، يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض"

[5] - Créé par Loi N° 2004-575 du 21 juin 2004, pour la confiance dans l'économie numérique, JORF du 22 juin 2004.disponible sur le site : https://www.legifrance.gouv.fr/

[6]- المادة 02 فقرة 1 من عقد حامل بطاقة « CIB ».

[7]- المادة 02 فقرة 1 من عقد حامل بطاقة ق.ش.ج- فيزا الدولية.

[8]- المادة 03 من عقد بطاقة الدفع الإلكتروني الذهبية، على الموقع: https://edcarte.poste.dz/ar/order_card.php

ثالثا: بيانات الإيجاب في العقود المصرفية الالكترونية

نصت مختلف القوانين التي نظمت عقود التجارة الالكترونية بصفة عامة أو تلك التي نظمت عقود العمليات المصرفية والمالية على الخط، على البيانات الواجب توافرها في الإيجاب الالكتروني، إضافة إلى البيانات العامة التي يجب أن يوفرها كل إيجاب، وتتعلق هذه البيانات أساسا بالبيات المتعلقة بمقدم الخدمات المصرفية الالكترونية، وكذا البيانات المتعلقة بالخدمة المصرفية الالكترونية محل التعاقد.

ولقد فصلنا سابقا عند الحديث عن الحماية المقررة للمستهلك قبل التعاقد، في الحماية المتعلقة بالإعلام المسبق للمستهلك، وذكرنا أن المادة 11 من قانون التجارة الالكترونية أوجبت على المورد الالكتروني أثناء تقديمه للعرض التجاري الالكتروني أن يتضمن هذا العرض على الأقل على المعلومات المتعلقة بالعارض أو الموجب في هذه الحالة، والمتضمنة أساسا العنوان المادي والالكتروني للعارض ورقم الهاتف ورقم التعريف الجبائي ورقم السجل التجاري أو رقم بطاقة الحرفي، وكل المعلومات الضرورية المتعلقة بالعارض والتي يجب أن يعرفها المستهلك قبل التعاقد[1].

كما نصت المادة 11 أيضا من قانون التجارة الإلكترونية على البيانات الاساسية التي يجب أن يقدمها العارض والمتعلقة بالخدمة الالكترونية محل التعاقد. ومن بين هذه البيانات طبيعة وخصائص وأسعار السلع والخدمات، وحالة توفر السلعة أو الخدمة وكيفيات ومصاريف وآجال التسليم والضمان وخدمات ما بعد البيع وإجراءات الدفع وشروط فسخ العقد، ومدة صلاحية العرض وشرط وأجال العدول عند الاقتضاء.

ومنه يمكن القول أنه بتطبيق هذه المادة الواردة بقانون التجارة الإلكترونية، وفي غياب نص قانوني يفصل المعلومات الواجب تفيرها من طرف البنوك أو المؤسسات المالية حال كونها الطرف الموجب في عقود العمليات المصرفية، يمكن معرفة أهم البيانات الواجب توافرها في الإيجاب المصرفي الالكتروني.

الفرع الثاني

خصوصية القبول في العقود المصرفية الالكترونية

القبول هو التعبير البات عن إرادة الطرف الذي وجه إليه الإيجاب يفيد موافقته على الإيجاب وهو قائم، فهو الإرادة الثانية في العقد، إذ لا ينعقد العقد إلا باتفاق إرادتين. ولكي ينتج القبول أثره في انعقاد العقد يجب أن يتطابق تماما مع الإيجاب في كل جوانبه وشروطه الأساسية، وإلا فإن العقد لا ينعقد، ويعتبر القبول الذي تختلف شروطه عن شروط الإيجاب إيجابا جديدا، يلزمه قبول بنفس الشروط كي

[1]- المادة 11 من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، مرجع سابق.

ينعقد العقد[1]. ومنه يمكن القول أن النظرية التقليدية للإيجاب والقبول تبقى صالحة في العقود الالكترونية. ولا يمكن أن يتم ابرام العقد الالكتروني إلى بعد صدور أو بعد وصول القبول الإلكتروني الموافق للإيجاب[2].

نتناول الحديث عن القبول في عقود العمليات المصرفية الالكترونية من خلال التطرق لمفهوم القبول، أولا، ثم نتطرق لطرق التعبير عن القبول الالكتروني، ثانيا، ثم نفصل حق العدول عن القبول في العمليات المصرفية الالكترونية، ثالثا.

أولا– مفهوم القبول في عقود العمليات المصرفية الالكترونية

عرفت اتفاقية فينا لسنة 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع، السابقة الذكر، القبول بصفة عامة في المادة 18 فقرة 01 منها بقولها: "يعتبر قبولا أي بيان أو أي تصرف آخر صادر عن المخاطب يفيد الموافقة على الإيجاب". من جهته العقد النموذجي للمعاملات الالكترونية الصادر عن الأونسيترال تعرض للقبول في المادة 4.2.3، حيث نص على: "يعتبر القبول مقبولا إذا تسلم مرسل هذا الإيجاب قبولا غير مشروط للإيجاب خلال الوقت المحدد". نتناول في ما يلي تعريف القبول الالكتروني وخصوصيته في عقود العمليات المصرفية الالكترونية.

أ– تعريف القبول الالكتروني

لم يعرف المشرع الجزائري القبول لا في القانون المدني ولا في قانون التجارة الالكترونية، واكتفت المادة 10 والمادة 11 من هذا الأخير بالإشارة إلى ذلك عند ابرام العقد. حيث نصت المادة 10 على: "يجب أن تكون كل معاملة تجارية الكترونية مسبوقة بعرض تجاري الكتروني وأن يوثق بموجب عقد الكتروني يصادق عليه المستهلك الالكتروني".

فمصطلح "يصادق" غير واضح إن كان المقصود منه التعبير عن القبول الإلكتروني والموافقة على الإيجاب ومن ثم انعقاد العقد، كما هو واضح من سياق المادة 10، أم أنه التصديق بمفهوم قانون التوقيع والتصديق الالكترونيين، والذي يقصد به إثبات الصلة بين بيانات التحقق من التوقيع الالكتروني

---

[1] - عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ص 273.

[2] - Abbas Youssef JABER, Les contrats conclus par voies électronique étude comparée, Thèse de Doctorat en droit privé, Université Montpelier 1, Année 2012. P 46.

والموقع[1].غير أننا نميل إلى الاحتمال الأول، على أن المقصود بالمصادقة الواردة في هذه المادة هو القبول الموافق للإيجاب، على اعتبار أن السياق العام للمادة يرجح هذا الاحتمال.

من جهتها المادة 12 من قانون التجارة الالكترونية ذكرت ثلاث مراحل تمر بها طلبية منتوج أو خدمة، وذكرت أن المرحلة الثالثة هي "تأكيد الطلبية الذي يؤدي إلى تكوين العقد". فالذي يؤدي إلى تكوين أو انعقاد العقد هو القبول من طرف من وجه إليه الإيجاب. من جهته قانون المبادلات والتجارة الكترونية التونسي اعتبر أن العقد الالكتروني ينشأ من تاريخ موافقة البائع على الطلبية بواسطة وثيقة الكترونية ممضاة وموجهة من المستهلك[2].

أما من جهة الفقه فقد عرف القبول الالكتروني على أنه: "تعبير عن إرادة الراغب في التعاقد عن طريق الكتروني، على أن يتضمن هذا التعبير توافقا وتطابقا تاما مع كل العناصر التي تضمنها الإيجاب الكتروني، بحيث ينعقد العقد عند حصول هذا التطابق"[3].

ب- خصوصية القبول في العقود الالكترونية

القبول الإلكتروني شأنه شأن القبول التقليدي، لا يخرج عن مضمون هذا الأخير إلا من حيث وسيلة التعبير عنه، بحيث يتم التعبير عنه بالوسائل الإلكترونية عن طريق وسائل الاتصال الحديثة، فهو يخضع لنفس القواعد والاحكام التي تنظم القبول التقليدي، إلا أنه يحتفظ ببعض الخصوصية التي تعود لطبيعته الالكترونية[4].

وعليه يمكن القول أن القبول في عقود العمليات المصرفية الالكترونية هو التعبير الثاني عن إرادة الزبون أو العميل يتم تصديره باستعمال الوسيلة الالكترونية، يفيد موافقته على ابرام العقد طبقا للشروط الواردة في إيجاب البنك الالكتروني.

يُفترض في الارادة الظاهرة أو المعلنة أن تكون مطابقة للإرادة الباطنة أو الداخلية، وفي حالة التعارض، فإن هذه الأخيرة هي التي يتم الاعتداد بها. غير أن الصعوبة تكمن في التحقق من كفاية الإرادة الباطنة والإدارة الظاهرة في تكوين القبول الالكتروني. وهكذا فإن فكرة التعبير عن القبول الالكتروني، أو فكرة "الإرادة الافتراضية"، قد لا تعكس دائما الإرادة الداخلية للشخص الذي تنبع منه، لأن الوسيلة الالكترونية تكون دائما واسطة بين الانسان والتعبير عن ارادته، ومنه تكمن المشاكل الكبيرة التي

---

[1]- حسب تعريف شهادة التصديق الالكتروني الوارد بنص المادة 02 و تعريف شهادة التصديق الالكتروني الموصوفة الوارد بالمادة 15 من القانون 15-04 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين، مرجع سابق.

[2]- الفصل 27 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، مرجع سابق.

[3]- نقلا عن حابت آمال، التجارة الالكترونية في الجزائر، أطروحة دكتوراه في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015، ص161

[4]- صلاح الدين بوحملة، "خصوصية الإيجاب والقبول في العقود الالكترونية"، مجلة العلوم الانسانية، عدد 52 ديسمبر 2019، المجلد ب، ص286.

قد تنجر عن حدوث أخطاء في ادخال المعلومات أو التلاعب بها، وبالنتيجة قد ينعقد العقد لكن على أساس خطأ في إدخال المعلومات[1]. ومن هنا فإن السؤال الذي يجب طرحه في هذا السياق هو ما هو المكان الطبيعي الذي يتم فيه منح اليقين التعاقدي، إذا كان أحد الزبائن في كل مرة يدعي أنه ينوي التعاقد مع البنك الالكتروني لكنه في كل مرة يخطئ في ادخال المعلومات أو مبلغ المعاملة؟

يرى البعض أن الإرادة الظاهرة في العقود الالكترونية يمكن أن تكون ضعيفة أو هشة إلى درجة أن المتعاقد يستطيع الاستفادة من هذا الضعف للتحرر من التزاماته. ومن أجل معرفة حسن نية المتعاقد في مرحلة القبول يجب ضبط وتنظيم المراحل التي يمر بها القبول الإلكتروني، حيث لا يمكن تصديق الزبون الذي يدعي أنه أخطأ في ابرام العقد رغم أنه أدخل ارقام بطاقته الإلكترونية بكل دقة وحسب الأصول المتعارف عليها[2]. ومن أجل الخروج من هذا المأزق القانوني عمدت كثير من التشريعات المقارنة إلى تنظيم وتفصيل طرق التعبير عن القبول في العقود المصرفية وغير المصرفية الالكترونية.

ثانيا- طرق التعبير عن القبول في عقود العمليات المصرفية الالكترونية

يجب أن يكون القبول في عقود العمليات المصرفية الالكترونية صريحا وواضحا ودالا على معناه، نظرا لطبيعة الوسيلة الالكترونية المستعملة، ونظرا لطبيعة المعاملة، كونها تتعلق بعملية أو خدمة بنكية أساسها التعامل بالنقود. ويكون القبول من طرف الزبون أو المستهلك على الإيجاب الموجه له من طرف البنك أو البنك الالكتروني، وفقا للشروط المحدد في العقد النموذجي.

وقد اشترطت بعض التشريعات أن يكون القبول بنفس الطريقة التي وصل بها الإيجاب. ولقد جاء في نص المادة 206-2 من القانون التجاري الأمريكي الموحد "أن التعبير عن الإرادة في القبول يتم بذات طريقة عرض الإيجاب"[3]. وبالتالي إذا كان الإيجاب عن طريق البريد الالكتروني، مثلا، فإن القبول بحسب القانون الأمريكي، يجب أن يكون هو أيضا عن طريق البريد الالكتروني.

لم يفصل المشرع الجزائري من خلال قانون التجارية الالكترونية، ولا غيره من القوانين ذات الصلة في طريقة التعبير عن القبول في العقود الالكترونية، رغم أهمية هذه العملية التي على أساسها ينعقد العقد الالكتروني، والاشكالات الكثيرة التي يمكن أن تنشأ عند عدم تنظيم الآليات المحددة لهذه العملية. ومن أجل وضع حد لهذه الإشكاليات التي قد تحدث عند التعبير عن القبول الالكتروني، فصلت كثير من القوانين المقارنة طرق التعبير عن القبول الالكتروني، من هذه القوانين، القانون الفرنسي. حيث وضع

[1]- Fatima Zahra BOULAICH BAYSSA, op-cit, p137

[2]- Ibid.

[3]- نقلا عن خالد ابراهيم ممدوح، مرجع سابق، ص 341.

المشرع الفرنسي مجموعة من الآليات أو التقنيات يجب أن يتم عبرها التعبير عن القبول الالكتروني. جاءت هذه الآليات من خلال تعديل القانون المدني الفرنسي بموجب المواد 1369-1 إلى 1369-7

وعليه فقد أورد المشرع الفرنسي طريقتين للتعبير عن القبول في المعاملات الالكترونية، الطريقة الأولى هي ما يسمى بالنقر المزدوج « Double clic » من خلال استعمال صفحة الواب الخاصة بالمورد أو البنك، والطريقة الثانية هي باستعمال الرسائل الالكترونية، نفصل الطريقتين في ما يلي.

أ- القبول عن طريق صفحة الواب (النقر مرتين)

نظام النقر مرتين على الأيقونة، أو التعبير التدريجي عن القبول[1]، تقنية مستعملة على الكمبيوتر بصفة عامة، ولما كانت عملية الضغط على الأيقونة تتم بطريقة آلية فقط تشكك في وجود القبول كإرادة قائمة و صريحة، لا سيما مع الاخطاء الكثيرة التي قد تقوم بها اليد على الجهاز[2]. كما أن استعمال الكمبيوتر كآلة في حد ذاتها يشكك في مدى حقيقة صدور القبول من الشخص، كتعبير عن الإرادة، خصوصا وأن الآلة معرضة للعطب أو الخلل في أية لحظة. ولهذا يقول "ليونال تومير Lionel THOUMYRE" في هذا الشأن أن: "القبول الوارد بهذا الشكل يوجب تفسيره من قبل القاضي لأنه قبول مشكوك فيه"[3].

يتم القبول في هذه الصورة عن طريق النقر بالفأرة على الأيقونة المناسبة لإعلان الموافقة على شاشة الحاسب الآلي، والتي عادة ما تحمل عابرة "موافق" أو "قبلت العرض" أو « d'accord » أو « Ok » أو « I agree » أو غيرها من العبارات التي تفيد القبول. و الجدير بالذكر أن قبول العقد الالكتروني بهذه الطريقة شديد الانتشار في التجارة الالكترونية عموما أو في عقود الخدمات البنكية، وتبنته كثير من الدول في تشريعاتها، منها كندا و الولايات المتحدة الأمريكية و فرنسا و غيرها[4]. ونظرا لكون المشرع الفرنسي أكثر من فصل في هذا الموضوع، نتناول من خلاله في ما يلي دلالة كل من النقرة الأولى والنقرة الثانية في القبول، و الطبيعة القانونية للإشعار بالاستلام.

1- دلالة النقرة الأولى

أوجب المشرع الفرنسي في نص المادة 1369-1 فقرة1 من القانون المدني الفرنسي أن يمر القبول بالمرحلة الأولى المتمثلة في النقرة الأولى، وهي مرحلة مراجعة ما يحمل العقد من بيانات ومختلف التفاصيل الخاصة به، و كذلك تصحيح الأخطاء التي يمكن أن يوم بها الزبون بيده سهوا[5]. هذه المرحلة

---

[1]- Fatima Zahra BOULAICH BAYSSA, op.cit, p 140.

[2]- لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 88.

[3]- نقلا عن يمينة حوحو، مرجع سابق، ص 91

[4]- بلقاسم حمدي، ابرام العقد الالكتروني، رسالة دكتوراه تخصص قانون الإعمال، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2014-2015، ص 85.

[5] - Article 1369-1-2 du code civil français : disponible sur le site : https://www.legifrance.gouv.fr/

ذكرها المشرع الجزائري في المادة 12 من قانون التجارة الالكترونية، عند الحديث عن المراحل التي تمر بها طلبية منتوج أو خدمة عن طريق الاتصالات الالكترونية، حيث نصت المرحلة الثانية على ضرورة "التحقق من تفاصيل الطلبية من طرف المستهلك الإلكتروني، لاسيما فيما يخص ماهية المنتوجات أو الخدمات المطلوبة، والسعر الوحدوي والكميات المطلوبة بغرض تمكينه من تعديل الطبية، وإلغائها أو تصحيح الأخطاء المحتملة". وهي مرحلة سابقة عن ابرام العقد تهدف إلى مراجعة كل ما يحمله العقد من بيانات و شروط وتدارك الأخطاء المحتملة قبل ابرام العقد، وعندها يكون المستهلك على بينة من أمره بعد انعقاد العقد.

لا ترتب النقرة الأولى أي أثر قانوني، أي أنها لا تعتبر قبولا لإيجاب البنك أو المورد الإلكتروني بصفة عامة، و إنما هي مجرد مرحلة وقائية وضعها المشرع الفرنسي من أجل حماية رضا المستهلك من نتائج التسرع، والبعد عند ابرام العقد الالكتروني. ويعد إجراء النقرة الأولى كما حددته المادة السابقة الذكر من النظام العالم لا يجوز مخالفته[1]. وهو في الوقت ذاته شكلية استحدثها المشرع الفرنسي حماية للتعاقد الالكتروني على شبكة الانترنت.

2- دلالة النقرة الثانية

على غرار المشرع الفرنسي، تبنت كثير من التشريعات العربية والمقارنة طريقة النقر مرتين للتعبير عن القبول في التعاقد الالكتروني عن بعد[2]، لكن في القانون المدني الفرنسي جاءت أكثر تفصيلا. حيث يتضح من نص المادة 1369-5 فقرة2 أن مرحلة النقرة الثانية تعبر على تأكيد طلب المستهلك والموافقة على البيانات التعاقدية التي يكون المستهلك قد قام بمراجعتها في النقرة الأولى، والتي يكون المورد أو البنك عبر الشبكة قد أعلمه بها، والخاصة بعملية التعاقد والمتضمنة أساسا هويته ومعلومات حول الخدمة أو العملية المصرفية، وطريقة دفع أو اقتطاع الرسوم أو الثمن وضمانات ما بعد الخدمة وحق الرجوع غيرها.

« L'offre énonce en outre :
1° Les différentes étapes à suivre pour conclure le contrat par voie électronique ;
2° Les moyens techniques permettant à l'utilisateur, avant la conclusion du contrat, d'identifier les erreurs commises dans la saisie des données et de les corriger ;
3° Les langues proposées pour la conclusion du contrat ;
4° En cas d'archivage du contrat, les modalités de cet archivage par l'auteur de l'offre et les conditions d'accès au contrat archivé ;
5° Les moyens de consulter par voie électronique les règles professionnelles et commerciales auxquelles l'auteur de l'offre entend, le cas échéant, se soumettre ».

[1]- يمينة حوحو، مرجع سابق، ض93.
[2]- محمد الصالح بن عومر، مرجع سابق، ص 378.

و لقد أوجبت المادة 06 من العقد النموذجي الخاص بالتجارة الالكترونية، الصادر عن غرفة التجارة والصناعة لباريس "**CCIP**"، أن تتضمن النقرة الثانية كل بيانات العقد الالزامية التي تثبت أن المستهلك عالم بها، وبالتالي يكون قبوله صادرا عن معرفة و بينة.

وبينت أيضا المادة 1369-5 السابقة الذكر، أن تأكيد المستهلك على الطلب يتم بواسطة الكتابة الالكترونية، كما يتعين تمكين الاطراف المتعاقدة من الاطلاع على هذه الكتابة في أي وقت أرادوا ذلك، وهذا يقتضي أن تكون الكتابة محفوظة لدى المورد الالكتروني، حيث يمكن الرجوع إليها في الاثبات الالكتروني.

كما يتبين من نص المادة السابقة أيضا أن النقرة الثانية تعد تعبيرا عن إرادة المستهلك في قبول العقد، حيث ينتج العقد أثاره ابتداء من النقرة الثانية، ويكون كل طرف ملتزم بتنفيذ العقد.

3- الطبيعة القانونية للإشعار بالاستلام

أوجب نص المادة 1369-2 فقرة2 من القانون المدني الفرنسي على المحترف، أي البنك في هذه الحالة، تأكيد طلب المستهلك من خلال رسالة مضمنة تفيد الاشعار بالاستلام في أقل مدة وبطريقة الكترونية[1].

يجب أن يشمل هذا الاشعار بالاستلام كل البيانات الرئيسية التي أدت إلى تكوين العقد والتي يكون المستهلك قد تحقق منها في مرحلة ما قبل تكوين العقد، أي قبل النقرة الثانية. ويعد هذا الاجراء شكلية أخرى أتى بها المشرع الفرنسي في العقود الالكترونية، والتي تتعلق بالإعلام ما بعد العقد[2]. حيث يجب أن يقوم البائع المحترف بإعلام المستهلك بكل البيانات الاساسية والملزمة الخاصة بالعقد والتي يفترض أن يكون المستهلك عالم بها قبل انعقاد العقد، في أجل لا يتعدى أجل تسليم المنتوج أو القيام بالخدمة.

وقد رتب المشرع الفرنسي جزاء على عدم قيام المحترف، أو البنك في موضوع الحال، بإرسال الاشعار بالاستلام للمستهلك، يتمثل في تمديد أجل حق رجوع المستهلك من 07 أيام إلى 03 أشهر[3].

من جهته المشرع التونسي ومن خلال قانون المبادلات والتجارة الالكترونية[1] عدد 83 لسنة 2000، أوجب على البائع أن يوفر للمستهلك عند الطلب وثيقة كتابية الكترونية، أو اشعارا، يتضمن كافة

[1]- Art L.121.19 , Ordonnance N° 2001/741 du 23 aout 2001 , portant transposition de la directives communautaire et adaptation au droit communautaire en matière de droit de la consommation. Disponible sr le site : https://www.legifrance.gouv.fr/

[2]- يمينة حوحو، مرجع سابق، ص 97.

[3]- المادة L 121-20 من قانون حماية المستهلك، المستحدثة بقانون رقم 2005-841 مؤرخ في 2005/07/26، متعلق بتطوير الخدمات للفرد ولانسجام الاجتماعي.

المعطيات المتعلقة بعملية البيع، خلال أجل عشرة ايام من تاريخ ابرام العقد الالكتروني، وأوجب ذات القانون على عدم الالتزام بهذا الشرط، خطية (غرامة) من 500 إلى 5000 دينار تونسي[2].

ثم إن إرسال الإشعار بالاستلام الذي يفرضه القانون الفرنسي إجراء قانوني شكلي يجب على المحترف القيام به اتجاه المستهلك، لكنه لا يؤثر في تكوين العقد ولا في صحة التراضي، لأن العقد يكون قد انعقد بعد النقرة الثانية، كما وضحنا ذلك سلفا، إنماء جاء للتأكيد على انعقاد العقد الالكتروني، كون هذا الأخير قد تم في بيئة افتراضية، يحتاج المستهلك فيها إلى ما يشعره بالاطمئنان، و يذهب عنه الشك. كما أن ارسال هذا الاشعار يساعد في عملية اثبات العقد، اذ لا يستطيع البائع أو مقدم الخدمة المنازعة في وجود العقد بعد ارسال الإشعار بالاستلام[3].

ولقد ذهب قانون التجارة الالكترونية الجزائري إلى أبعد من ذلك، فلم يكتف بإلزام المهني أو المورد أو البنك العامل على شبكة الانترنت بإرسال اشعار بالاستلام بعد القبول، بل أوجب ارسال نسخة كاملة من العقد من طرف المورد الالكتروني إلى المستهلك الالكتروني بمجرد ابرام العقد، غير أنه لم يحدد أجلا محددا لذلك، على غرار المشرع التونسي، و إنما جاء في بداية المادة بصيغة تفيد السرعة "بمجرد ابرام العقد، يلتزم المورد الالكتروني....."[4].

ب- القبول عن طريق البريد الالكتروني (الرسائل الالكترونية)

في هذه الصورة يمكن للزبون القابل (الموجب إليه) أن يستخدم البريد الالكتروني في إرسال موافقته على الإيجاب في صورة رسالة الكترونية مع الإمضاء إلى عنوان البريد الالكتروني للبنك الذي وصلت منه رسالة الإيجاب، وفي هذه الحالة نكون بصدد التعاقد بين غائبين عن طريق الرسائل.

وقد أجازت كثير من التشريعات المقارنة انعقاد العقد الالكتروني ومنه التعبير عن الرضى من خلال الإجاب والقبول الالكترونيين باستعمال البريد الالكتروني. وقد سبق وان تحدثنا عن المادة 11 من القانون النموذجي للتجارة الالكترونية للأونسيترال التي تبيح استخدام رسائل البيانات الالكترونية عن طريق البريد الالكتروني في القعود للتعبير عن العرض أو قبول العرض، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك.

ولقد أجازت المادة 1369-2 من القانون المدني الفرنسي تبادل البيانات التعاقدية من خلال الرسائل الالكترونية في التعبير عن الرضا إيجابا أو قبولا، وذلك من خلال رسالة الكترونية عادية. غير

[1]- قانون عدد 83 لسنة 2000، مرجع سابق.
[2]- حسب نص المادة 29 من قانون المبادلات و التجارة الالكترونية التونسي، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد64 بتاريخ 11 أوت 2000.
[3]- يمينة حوحو، مرجع سابق، ص 99.
[4]- المادة 19 من القانون 18-05، مرجع سابق.

أن استعمال هذ الطريقة في التعاقد مشروط بموافقة الأطراف وابداء رغبتها في ذلك، وكذا تبادل عناوين البريد الالكتروني لكل من المستهلك والبنك الالكتروني.

وفي هذا السياق منع قانون التجارة الالكترونية 05/18 جمع البيانات الشخصية للمستهلكين من طرف الموردين الإلكترونيين قبل موافقة المستهلكين، وألزمهم بضرورة أمن وسرية هذه البيانات الشخصية، وضرورة الالتزام بالتشريع عند تخزين هذه المعطيات ذات الطابع الشخصي[1].

ولقد أورد المشرع الفرنسي بعض الاستثناءات عند التعاقد بواسطة الرسائل الالكترونية[2]، مقارنة بالتعاقد عن طريق الواب الذي وضحناه سابقا؛ تتمثل هذه الاستثناءات أساسا في استبعاد مرحلة المراجعة عند استعمال هذه الطريقة في التعبير عن الارادة، وذلك لأن التعاقد عن طريق الرسائل الالكترونية يتيح للمستهلك الوقت الكافي للتأكد من مختلف بنود العقد ومراجعته قبل إبداء القبول أو الرفض كتابة، مما يضيق من إمكانية الخطأ أو التسرع عند استعمال هذه الطريقة. وتم واستبعاد إلزام المورد الالكتروني أو البنك بحفظ المعلومات والرسائل الخاصة بالمستهلك، وذلك لان كل من المتعاقدين الالكترونيين يفترض أن له بريدا الكترونيا مثل البريد العادي يمكنه من حفظ واسترجاع مختلف المراسلات التعاقدية وغير التعاقدية في الوقت الذي يريد، وبالتالي فإن عبء حفظ المستندات الالكترونية الخاصة بالمستهلك تقع عليه هو نفسه.

ورغم استبعاد إلزام المورد أو البنك بإرسال الاشعار بالاستلام إلى المستهلك بعد قبول هذا الأخير ابرام العقد الالكتروني، حسب نص المادة 1369-5 فقرة 2، في حالة التعاقد باستعمال الرسائل الالكترونية، ومع هذا يجب على المورد تأكيد كل البيانات التعاقدية بعد ابرام العقد، وفقا لمبدأ الالتزام بإعلام المستهلك بعد ابرام العقد، طبقا للمادة **L121-19** من قانون حماية المستهلك الفرنسي، والتي ألزمت المحترف (البنك) بتأكيد طلبه المتضمن كل المعلومات التعاقدية خلال أجل لا يتعدى تاريخ عملية تسليم المنتوج أو القيام بالخدمة.

ثالثا- حق العدول في عقود العمليات المصرفية الالكترونية

نظرا لطبيعة العقود الالكترونية، كونها تبرم عن بعد ومن غير المشاهدة الفعلية للسلعة أو الخدمة، وعدم المعرفة الفعلية للسلعة أو الخدمة محل التعاقد، وما قد ينتاب المستهلك من شعور بالتسرع في ابرام العقد والرغبة في التراجع عنه بعد ابرامه. نصت معظم التشريعات على حق المستهلك وحده في العدول بعد ابرام العقد في عقود التجارة الالكترونية. فما مدى امكانية تطبيق هذا الحق في عقود العمليات

---

[1]- المادة 26 من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية. السابق ذكره.
[2]- حسب نص المواد: L1369-2، L1369-5 و5، L1369-7 من القانون المدين الفرنسي. على الموقع: https://www.legifrance.gouv.fr/

المصرفية الالكترونية؟ نجيب على هذا التساؤل من خلال تعريف حق العدول، أولا، وبيان مضمونه، ثانيا، ثم التطرق لحق العدول في الخدمات المصرفية الالكترونية، ثالثا.

أ- تعريف حق العدول

يعرف حق الرجوع في عقد البيع على أنه: "الحق الذي يثبت للمشتري في الرجوع عن تعاقده خلال مدة معينة من تاريخ تسلمه المبيع، ومن دون أية اعتبارات أو جزاءات يتحملها من جانبه باستثناء مصاريف الرد"[1].

وقد جاء تعريف حق العدول في نص المادة الأولى من القانون الفرنسي رقم 88-21 المتعلق بالبيع عبر المسافات والبيع عن طريق التلفزيون، الصادر في 06 جانفي 1988، التي تنص على: "في جميع العمليات التي تتم في البيع عبر المسافات، فإن لمشتري المنتج، وذلك خلال سبعة أيام كاملة تحسب من تاريخ تسلمه طلبه، الحق في إرجاعه إلى البائع، إما لاستبداله بآخر أو لرده واسترداد ثمنه دون أية جزاءات من جانبه سوى مصاريف الرد".

من جهته، لم يتناول قانون النقد والقرض الصادر بالأمر 03-11، حق العدول عن عقود العمليات المصرفية، غير أن التعديل الوارد بالأمر 10-04 المعدل لقانون النقد والقرض، نص في نهاية المادة 119 مكرر1 منه على: "يمكن أي شخص أكتتب تعهدا أن يتراجع عنه في أجل ثمانية (08) أيام من تاريخ التوقيع على العقد"[2].

فهذه الفقرة أقرت حق كل متعاقد اكتتب عقدا، أن يتراجع عنه أو أن يعدل عنه خلال أجل 08 أيام من تاريخ أمضاء العقد، ولم تشر الفقرة إلى أية تعويض لصالح البنك أو عقوبة نتيجة عدول الزبون عن هذا العقد بإرادته المنفردة. فهل يمكن القول أن هذه المادة أقرت حق العدول في العقود المصرفية رغم أنها لم يتم ابرامها عن بعد؟

لم تبين بوضوح المادة 119 مكرر، إن كان هذا العدول يخص عقود عملية مصرفية أو خدمة بنكية محددة أم يخص مختلف عقود العمليات المصرفية. لكن يبدو من سياق المادة 119 مكرر1 التي جاءت ضمن الباب السادس تحت عنوان أحكام مختلفة، والتي تضمنت عدة أحكام مختلفة، هي إلزام البنوك بوضع وسائل الدفع الملائمة تحت تصرف الزبائن، كما تضمنت المادة الزام البنوك بالإعلام تجاه الزبائن، وضرورة توافر الشفافية في عروض القروض. بعد هذا الالزام مباشرة جاء النص على حق الزبون

---

[1]- نقلا عن سامية لموشية، **"خيار رجوع المشتري في عقد البيع الالكتروني"**، مجلة العلوم القانونية و السياسية، عدد 17، جانفي 2018، ص224.

[2]- الأمر 10-04 ، المعدل للأمر 03-11 السابق ذكره.

في الرجوع عن العقد الممضى خلال أجل 08 أيام، و عليه يمكن القول، وفي هذا السياق، أن هذا العدول يخص فقط عقود القرض.

أول من أقر حق الرجوع للمشتري في العصر الحديث[1] هو المشرع الفرنسي[2]، من خلال اجازته التحلل من العقد خلال مدة محددة قانونا بخطاب موصى عليه مع الإشعار بالاستلام، من خلال قانون 72-1137 الخاص بالبيع والترويج له بعيدا عن أماكن البيع، أو البيع لدى المشتري أو البيع بالمنزل. ثم توالت القوانين في فرنسا لتنظم حق رجوع المشتري في مواطن عدة، مما يبرر استخدامها لهذا الحق كلما اقتضت الضرورة لحماية الطرف الضعيف. ثم صدر قانون 78-22 المؤرخ في 1978/01/10 والذي يعد أهم النصوص التشريعية الفرنسية المنظمة لحماية المستهلك والمتعلقة بإعلامه من خلال حمايته من مخاطر القرض عند منحه مهلة 07 أيام للتفكير.

ثم صدر قانون 88-22 المؤرخ في 1988/01/06، السابق الذكر، حيث تقرر في هذا القانون بشكل صريح حق الرجوع عن التعاقد. ثم صدر قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 949 لسنة 1993، الذي أكد حق المستهلك في الانسحاب من العقد المبرم من خلال المادة L.121-20 ، وذلك تطبيقا للتوجيه الأوروبي رقم CE/97/7 الخاص بحماية المستهلك عن بعد، والذي نظم حق العدول في المادة 6 منه.

من جهته المشرع التونسي أقر حق العدول للمشتري في التجارة الالكترونية، حيث جاء في الفصل 25 من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية لسنة 2000، السابق ذكره، تبيانا للمعلومات الواجب على البائع في المعاملات التجارية الالكترونية أن يوفرها للمستهلك بطريقة واضحة ومفهومة، من هذه المعلومات إمكانية العدول عن الشراء وأجله.

وبهذا يتضح أن حق العدول في عقود التجارة الالكترونية المبرمة عن بعد، مؤكد من خلال المشرع التونسي، بقي فقط على البائع في المعاملات الالكترونية أن يوضح للمشتري الالكتروني شروط هذا العدول والأجل الذي يجب أن يتم فيه.

وبالعودة للمشرع الجزائري، نجد أنه حذا حذو المشرع الفرنسي وأقر حق العدول صراحة من خلال قانون التجارة الالكترونية الصادر سنة 2018، حيث جاء في المادة 11 وفي سياق الحديث عن الحق في الاعلام قبل انعقاد العقد الالكتروني، المعلومات التي يجب على المورد الالكتروني تقديمها للمستهلك الالكتروني بطريقة مرئية مقروءة ومفهومة، من هذه المعلومات "شروط وآجال العدول"[3].

[1]- أشارت الشريعة الاسلامية لحق العدول تحت مسمى حق الخيار، و الذي قدم على اساس وجود حقوق تمثل ضمانات للمتعاقد غالبا ما يتمتع بها المشتري في مواجهة البائع لضمان سلامة رضاه و بالتالي سلامة العقد. انظر عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، دراسة مقارنة ب الفقه الغربي، الجزء الرابع، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، سنة 1998، ص 33.

[2]- سامية لموشية، مرجع سابق، ص 225.

[3]- المادة 11 من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية، مرجع سابق.

أي أن المشرع الجزائري يعترف صراحة بحق العدول في عقود التجارة الالكترونية، و يطلب من المورد الالكتروني ضرورة اعلام المستهلك الالكتروني بحقه في العدول بعد ابرام العقد الالكتروني، والشروط الواجب توافرها حتى يكون هذا العدول مقبولا من طرف المورد الالكتروني، والأجل الذي يجب ان يعبر خلاله المستهلك الالكتروني عن رغبته في هذا العدول.

ولم يفصل المشرع الجزائري في حق العدول من خلال قانون التجارة الالكترونية، أو حتى من خلال القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش أو القانون المدني، وترك هذا الأمر للعقد المبرم بين الطرفين.

ب- مضمون حق العدول

يمكن للمستهلك الالكتروني إعلام المورد الالكتروني بنيته في العدول عن ابرام العقد برسالة مضمنة مع اشعار بالاستلام، كما حددها المشرع الفرنسي وفقا لما بيناه سابقا. ويمكن أن يكون بأية وسيلة، شرط أن تكون هذه الوسيلة محددة و منصوص عليها مسبقا في العقد الالكتروني، حسب ما بينه الفصل 30 من قانون التجارة الالكترونية التونسي، فله اعلامه بطريقة الكتابة الورقية أو الكتابة والمراسلات الالكترونية أو عن طريق الهاتف أو غيرها[1].

غير أن حق العدول في العقود الالكترونية الذي أقرته مختلف التشريعات ليس مطلقا، بل أقرت هذه التشريعات حالات لا يمكن فيها المستهلك الالكتروني العدول عن العقد فيها. حيث نصت المادة L.121.20-2 على هذه الاستثناءات، إلا اذا اتفقت الاطراف على خلاف ذلك، بأن أضافوا استثناءات أخرى أو انقصوا من هذه الاستثناءات الواردة بموجب هذه المادة. ولقد تم استثناء المواد التي أعدت خصيصا لمستهلك معين حيث لا يمكن بيعها لمستهلك أخر. والمواد التي تعرف اسعارها تقبلا في السوق، والمواد سريعة التلف، والمواد السمعية البصرية عندما تفتح من طرف المستهلك، والمجلات والدوريات والكتالوجات وغيرها. فهذه المواد كلها لا يمكن العدول عن شرائها بعد انعقاد العقد.

من جهته قانون التجارة الالكترونية التونسي، أقر بعض الحالات وبعض المنتجات أو الخدمات التي لا يمكن للمستهلك العدول أو الرجوع عنها، من هذه الحالات عندما يطلب المستهلك توفير الخدمة

[1]- ينص الفصل 30 من القانون التونسي على: "مع مراعاة مقتضيات الفصل 25 من هذا القانون، يمكن المستهلك العدول عن الشراء في أجل عشرة أيام عمل. تحسب: بالنسبة للبضائع بداية من تاريخ تسلمها من قبل المستهلك. بالنسبة إلى الخدمات بداية من تاريخ ابرام العقد. ويتم العدول بجميع الوسائل المنصوص عليها مسبقا في العقد. في ه ذه الحالة يتعين على البائع إرجاع المبلغ المدفوع إلى المستهلك في أجل عشرة أيام من تاريخ إرجاع البضاعة أو العدول عن الخدمة. ويتحمل المستهلك المصاريف الناجمة عن إرجاع البضاعة.

قبل انتهاء أجل العدول عن الشراء ويوفر البائع ذلك، ومنها عند قيام المستهلك بنزع الأختام عن التسجيلات السمعية أو البصرية أو البرمجيات والمعطيات الاعلامية المسلمة أو نقلها أو نسخها آليا[1].

كما أشار المشرع التونسي إلى أن عملية الرجوع عن العقود الالكترونية يمكن أن يكون مرتبطا بعملية مصرفية أو بنكية، وذلك من خلال الفصل 33 عندما بين أن: "عملية الشراء الناتجة كليا أو جزئيا عن قرض ممنوح إلى المستهلك من قبل البائع أو الغير على أساس عقد مبرم بين البائع والغير، فإن عدول المستهلك عن الشراء يفسخ عقد القرض بدون تعويض".

فمن خلال هذه المادة يتضح أن عمليات القرض الممنوحة من طرف البنوك والمؤسسات المالية أو البائع نفسه، والموثقة بعقد، يجب العدول عنها وفسخ العقد، وذلك عندما يتم العدول عن اقتناء المنتوج أو الخدمة الممولة بواسطة هذا القرض. أي أن العدول عن الخدمة المصرفية يكون تبعا للعدول عن عملية البيع أو عن تقديم الخدمة في عقود الاستهلاك.

وكما حددت مختلف التشريعات، بعض الحالات التي لا يمكن فيها للمستهلك العدول عن العقد الالكتروني، حددت أيضا أجلا لهذا العدول بحيث يجب على المستهلك التعبير عن نيته في العدول خلال هذا الأجل، وإلا سقط حقه فيه. حيث حدد المشرع الفرنسي في نص المادة **L 121-20** من قانون الاستهلاك، هذه المدة بسبعة (07) أيام كاملة من تاريخ تسليم المنتوج أو السلعة، أو من يوم ابرام العقد بالنسبة للخدمة. ويمكن تمديد هذا الأجل باتفاق الطرفين إذا كان المستهلك بحاجة إلى مدة أطول خصوصا في العقود التي يكون فيها بحاجة إلى رأي خبير[2]. كما يمكن أن يمدد هذا الأجل إلى ثلاثة أشهر، عندما يخل المورد بالتزامه بإعلام المستهلك مسبقا، كما أشرنا إلى ذلك سابقا.

وفي القانون التونسي، تم تحديد أجل العدول من طرف المستهلك بعشرة (10) أيام عمل، ابتداء من تاريخ تسليم البضاعة للمستهلك، أو ابتداء من تاريخ ابرام العقد في عقود الخدمات[3]. كما يمكن حسب ذات القانون تحديد هذا الأجل باتفاق الطرفين في بنود العقد[4].

أما قانون التجارة الالكترونية فلم يحدد أجلا يجب على المستهلك الالكتروني الافصاح فيه عن نيته في الرجوع عن العقد، وترك ذلك للأطراف تحديدها بحرية في بنود العقد.

---

[1]- ينص الفصل 32 من القانون التونسي على: "مع مراعاة الفصل 30 من هذا القانون وباستثناء حالات العيوب الظاهرة أو الخفية، لا يمكن للمستهلك العدول عن الشراء في الحالات التالية: عندما يطلب المستهلك توفير الخدمة قبل انتهاء أجل العدول عن الشراء ويوفر البائع ذلك. إذا تم تزويد المستهلك بمنتوجات حسب خاصيات شخصية أو تزويده بمنتوجات لا يمكن إعادة إرسالها أو تكون قابلة للتلف أو الفساد أو لانتهاء مدة صلاحيتها . عند قيام المستهلك بنزع الاختام عن التسجيلات السمعية أو البصرية أو البرمجيات أو المعطيات الاعلامية المسلمة أو نقلها آليا. شراء الصحف و المجلات.

[2]- يمينة حوحو، مرجع سابق، ص 156.

[3]- الفصل 30 من قانون المبادلات و التجارة الالكترونية التونسي، السابق ذكره.

[4]- الفصل 25 من قانو التجارة الالكترونية التونسي، مرجع أعلاه.

وإذا تمسك المستهلك الالكتروني بحقه في العدول عن العقد الالكتروني، فإن لهذا العدول آثارا تتمثل في رد البضاعة أو المنتوج في أجل محدد من تاريخ اقتنائه، ويكون هنا المستهلك غير ملزم برد أي تعويض للمورد الالكتروني، عدا المصارف اللازمة لإرجاعه. كما يتعين على المورد إرجاع ثمن البضاعة أو الخدمة للمستهلك في أجل محدد ابتداء من تاريخ إرجاع البضاعة من طرف المستهلك، أو من تاريخ العدول عن الخدمة[1]. وهنا تتم ازالة العلاقة التعاقدية بين الطرفين بإرادة منفردة هي إرادة المستهلك، وفقا لما خولته مختلف التشريعات من حماية خاصة له، نظرا لمركزه الضعيف امام المورد المهني المحترف. فما مدى امكانية تطبيق حق العدول في عقود العمليات المصرفية الالكترونية؟

ج- نطاق تطبيق حق العدول في الخدمات المصرفية الالكترونية

يمكن التساؤل هنا عن امكانية إعمال القواعد الواردة بقانون التجارة الالكترونية على العمليات المصرفية الالكترونية، ما دامت أن العمليات المصرفية الالكترونية هي من الأعمال التجارية بحسب الموضوع، وما دام العقد هو عقد الكتروني في كلتا الحالتين؟

وعليه، إذا كان حق العدول في العقود الالكترونية معترف به من طرف مختلف التشريعات المقارنة كما بينا ذلك سابقا، فإن التساؤل يطرح حول امكانية استفادة المستهلك من هذا الحق في عقود العمليات أو الخدمات المصرفية الالكترونية؟

لا يوجد في قانون النقد والقرض ولا في القانون الجزائري عموما ما يمكن أن يشير إلى ذلك، عدا نص قانون التجارة الالكترونية الوارد في نص المادة 11 السابق ذكرها، والتي تتحدث عن التجارة الالكترونية بصفة عامة من غير أن تخصص العمليات المصرفية الالكترونية التي هي في الحقيقة من الأعمال التجارية بحسب الموضوع[2]، حسب نص المادة 02 من القانون التجاري.

غير أن التوجيه الأوربي 2002/65/CE[3] المتعلق بتسويق الخدمات المالية عن بعد للمستهلكين، أقر حق المستهلك في الخدمات المالية عن بعد في العدول عن عقود الخدمات المالية المبرمة عن بعد. من جهته قانون الاستهلاك الفرنسي المعدل بموجب الأمر 2005-648[4] المؤرخ في 6 جوان 2005، المتعلق بالبيع عن بعد للخدمات المالية للمستهلكين، أقر حق المستهلك في الخدمات المالية في العدول في العقود الالكترونية عن بعد.

---

[1]- الفصل 30 من قانون التجارة الالكترونية التونسي، مرجع أعلاه.
[2]- نصت الفقرة 13 من المادة 02 من القانون التجاري على: "يعد عملا تجاريا بحسب موضوعه، كل عملية مصرفية أو عملية صرف أو سمسرة أو خاصة بالعمولة"

[3] - Directive 2002/65/CE, op cit.
[4]- Ordonnance N° 2005-648 du 6 juin 2005 relative à la commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs. Disponible sur le site : https://www.legifrance.gouv.fr/

ومنه أقر كل من التوجيه الأوروبي السابق الذكر و المادة L121-20-12-I من قانون الاستهلاك الفرنس، للمستهلك أجل 14 يوما للعدول عن العقد الالكتروني المتضمن الخدمات المالية عن بعد، بدون أية غرامات، و بدون تقديم أي مبرر عن هذا العدول. يتم بداية احتساب هذا الأجل ابتداء من تاريخ ابرام العقد الالكتروني. غير أنه في حالة استلام المستهلك المعلومات الضرورية للعقد بعد انعقاد العقد، فإن هذا الأجل يبدأ سريانه من تاريخ تبليغ المعلومات للمستهلك وليس من تاريخ انعقاد العقد[1].

نلاحظ أن آجال العدول في عقود الخدمات البنكية والمالية 14 يوما، تختلف عن أجال بقية عقود وخدمات التجارة الالكترونية الأخرى السابقة الذكر، والتي هي 07 أيام، رغم أن كل هذه العقود الكترونية تبرم عن بعد. ومنه يمكن القول أن هذه الآجال مربوطة بطبيعة الخدمة، وليست بالوسيلة المستعملة وهي الانترنت في كل الحالات[2] . كما نلاحظ أن أجال العدول في الخدمات المالية عن بعد أطول منها في بقية خدمات التجارة الالكترونية، وهذا يؤكد رغبة المشرع الفرنسي في منح المستهلك وقتا أكثر من أجل تعميق الرضى ببنود العقد الالكتروني، نظرا لطبيعة الخدمة المصرفية.

ويجب على المستهلك أن يبلغ المورد أو البنك الالكتروني بنيته في العدول قبل انقضاء الآجال القانونية، ويجب عليه أن يحتفظ بنسخة من هذا الاشعار. وبين التوجيه الاوربي السابق ذكره[3] أن الاشعار بالعدول يجب أن يحرره المستهلك على ورق، مثلا رسالة مضمنة مع اشعار بالاستلام عن طريق البريد. أو على أي سند دائم، مثلا رسالة الكترونية مضمنة، مع امضاء الكتروني.

كما يجب على المورد، أي البنك في هذه الحالة، تعويض المستهلك في أجل 30 يوما كل المبالغ التي تقاضاها بناء على العقد الالكتروني. يبدأ سريان هذا الأجل ابتداء من تاريخ استلام الاشعار بالعدول عن العقد. من جهته المستهلك يجب عليه ان يرجع للمورد، في أجل 30 يوما كل المبالغ أو الأموال التي استلمها، يبدأ سريان هذا الأجل من تاريخ ارسال الإشعار بالعدول عن العقد[4].

كما يجب على المستهلك دفع ثمن الخدمات التي استفاد منها فعليا قبل العدول، بموجب العقد المبرم عن بعد. ولا يمكن بداية تنفيذ العقد إلا بطلب من المستهلك. هذا المبلغ المدفوع من المستهلك يجب أن يتناسب مع المبلغ الكلي للخدمة المتفق عليها في العقد التي كان من المفترض على المورد القيام بها بناء على العقد، كما أن هذا المبلغ لا يمكن بأي حال أن يشمل أي غرامة على العدول[5].

[1] - Art 6-2 du directive 2002/65/CE, et Art L.121-20-12II du l’ordonnance 2005/648.
[2]- Georges Daladier ABI-RISK, op cit, p 33.
[3] -Art 6-6 du directive 2002/65/CE, op cit.
[4] - Article L.121-20-13II du l’ordonnance 2005/648, op.cit.
[5] Article 7-1 du directive 2002/65/CE, op.cit.

ونص كل من التوجيه الأوروبي والقانون الفرنسي السابق الذكر، على بعض الاستثناءات والحالات التي لا يمكن للمستهلك عندها الاستفادة من حق العدول عن عقد الخدمات المالية و البنكية عن بعد، منها: الخدمات المالية التي تتغير أسعارها بسبب السوق والتي لا دخل فيها للمورد مثلا، عمليات الصرف، أدوات السوق المالية، العقود المالية لأجل، العقود لأجل على الفائدة[1]. كما لا يمكن العدول عن العقود المتعلقة بالقروض العقارية[2]. ولا يمكن للمستهلك العدول عن تنفيذ العقد الالكتروني المبرم عن بعد، إذا كان هو من طلب التنفيذ الكلي للعقد قبل انتهاء أجل العدول[3].

يتضح مما سبق أن المستهلك في عقود العمليات المصرفية الالكترونية المبرمة عن بعد، وبموجب قانون الاتحاد الأوروبي يمكن أن يعدل عن تنفيذ العقد بإرادته المنفردة، خلال الأجل المحدد، وبشرط أن تكون عملية تنفيذ العقد قد تمت بصفة كلية.

وإذا كان قانون الاستهلاك الفرنسي قد منح هذا الأخير حق العدول في عقود العمليات المصرفية الالكترونية، فإن التساؤل الذي يمكن طرحه في هذا الإطار هو هل يمكن للمحترف المتعاقد مع البنك بموجب عقد مصرفي الكتروني، هل يمكنه هو ايضا العدول عن تنفيذ هذا العقد على غرار المستهلك؟

إن الإجابة على هذا السؤال تعيدنا للتذكير بمفهوم المستهلك الذي وضحناه سابقا، عند الحديث عن أطراف العقد المصرفي الالكتروني. حيث لاحظنا أن مختلف القوانين التي نظمت حق العدول أنما ربطته بالمستهلك، نظرا لضعف مركزه القانون والظروف المحيطة بعملية ابرام العقد الالكتروني، التي من شأنها أن تكون قد أعطته فكرة غير صحيحة عن مضمون العقد أو عن شروطه ومن ثم رغب في العدول عن هذا التعاقد.

---

[1] -Article 6-2 a, du directive 2002/65/CE

[2]- Article L.121-20-12 II du l'ordonnance 2005/648, op.cit.

[3] - Article 6-2-C du directive 2002/65/CE.

المبحث الثاني

إثبات العقد المصرفي الالكتروني

تنعقد العقود المصرفية الالكترونية بين البنك الالكتروني أو البنك مقدم الخدمات المصرفية بطريقة الكترونية وعميل أو زبون البنك عن بعد وفي بيئة الكترونية افتراضية غير مادية، يتم من خلالها التعبير عن الإيجاب والقبول الكترونيا، كما وضحنا ذلك سابقا. لكن في قد يثور هناك نزاع بين طرفي العقد عند تنفيذ هذا الأخير أو قبل تنفيذه، مما يجب التساؤل حول حجية هذا العقد المصرفي وامكانية اعتماده كوسيلة من وسائل الاثبات لأحد الطرفين في مواجهة الآخر؟[1]

يعرف الإثبات على أنه: "إقامة الدليل أمام القضاء، بالطرق التي حددها القانون، على وجود واقعة قانونية ترتب آثارها"[2]. فإذا قام نزاع بين البنك الالكتروني والزبون بشأن احدى العمليات أو احدى الخدمات المصرفية الالكترونية، يجب على المدعي اثبات ما يدعيه. ونظرا لكون العمليات المصرفة الالكترونية تتم عن بعد وبطريقة الكترونية باستعمال وسائل الاتصال الحديثة، ونظرا لكون العقود المصرفية المبرمة بين الطرفين عبارة عن عقود الالكترونية، في أكثر الحالات، وجب أن تكون وسائل الاثبات هذه أيضا ذات طبيعة الكترونية. لكن الاشكال الذي يجب إثارته هنا هو مدى اعتراف القانون بهذا الدليل أو هذه الوسيلة الالكترونية كوسيلة من وسائل الإثبات؟

لكن قبل التطرق لنظام اثبات العمليات المصرفية الالكترونية باستعمال الطرق الحديثة، يجدر بنا أن نتناول أولا النظام القانوني العام للإثبات في مختلف المواد، من خلال حجية الورقة العرقية والدليل الكتابي أولا، لنرى مدى صلاحية هذه الكتابة العرفية في إثبات العقد المصرفي الإلكتروني، وهذا في مطلب أول، على أن نتطرق لإثبات عقود العمليات المصرفية الالكترونية من خلال دراسة التوثيق الإلكتروني لعقود العمليات المصرفية الإلكترونية في مطلب ثان.

المطلب الأول

من الكتابة الورقية إلى الكتابة الالكترونية

تتطلب معظم التشريعات إثبات التصرفات القانونية بالكتابة كمبدأ عام، إلا أن الالتزام بهذا المبدأ على إطلاقه يواجه صعوبات في الواقع العملي، فقد لا يتمكن الأطراف من الناحية العملية من اثبات كل التصرفات القانونية بالكتابة، ويرجع هذا لعدة أسباب، قد تكون ناتجة عن التصرف ذاته كالمعاملات التجارية، حيث من الصعب اثبات كافة العمليات التي يقوم بها التجار يوميا بالكتابة وذلك

---

[1]- نشير إلى الخلط والتداخل في المفهوم الذي يمكن أن يكون بين التصرف القانوني (العقد) وأداة اثباته (الكتابة). حيث استعمل المشرع الفرنسي عند تناوله عند تناوله لأنواع المحررات لفظ « Acte» للدلالة على أداة الاثبات الكتابية، والتي تستعمل أيضا للدلالة على التصرف القانوني نفسه. الشيء الذي أدى إلى الخلط بين التصرف القانوني وأداة اثباته[1]. ولقد تسرب هذا اللبس إلى لغة القانون العربية فاستعمل لفظ العقد للدلالة على التصرف القانوني، ثم استخدم نفس اللفظ للدلالة على أداة اثباته. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في الاثبات، مرجع سابق، ص141

[2]- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات-آثار الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968، ص 14.

لكثرتها وسرعتها. وقد يكون السبب في عدم الكتابة قيمة التصرف كأن يكون المبلغ زهيدا[1]. كما قد يرجع إلى السبب الأدبي بوجود روابط اجتماعية وأسرية لا تسمح للأطراف بالحصول على الدليل الكتابي. كما قد يكون السبب أيضا ضياع الدليل الكتابي، بعد أن كان موجودا[2].

نتناول في هذا المطلب التحول الحاصل في نظام الاثبات الكتابي من السند الكتابي الورقي المادي إلى السند الالكتروني غير المادي، وذلك من خلال التطرق لأسس نظام الاثبات الورقي في مختلف المواد، في فرع أول، ثم التطرق لدور المحرر الالكتروني في اثبات عقود العمليات المصرفية الالكترونية، في فرع ثان.

الفرع الأول

أسس نظام الاثبات الورقي

تنقسم قواعد الاثبات عموما إلى قسمين، قواعد موضوعية تحدد طرق الاثبات المختلفة وقيمة كل طريقة منها ومن الذي يقع عليه عبء الاثبات وماذا يقوم بإثباته. وأخرى شكلية هي التي تحدد ما يتبع من اجراءات في تقديم طرق الاثبات. وعلى هذا الاساس انقسمت مختلف التشريعات المقارنة حول مكان قواعد الاثبات إلى عدة طوائف[3].

ونظرا لكون العمليات المصرفية الالكترونية، كما بينا ذلك سابقا، تكيف على أنها أعمالا تجارية بالنسبة للبنك أو التاجر المتعاقد معه، وتكيف على أنها أعمالا مدنية بالنسبة للمستهلك، وكما أن بعض المخالفات التي تقع عند القيام بالعمليات المصرفية الالكترونية تحمل الطابع الجزائي، نتناول دراسة نظام الاثبات في مختلف المواد، من خلال دراسة نظام الاثبات في المواد المدنية أولا، ثم نظام الاثبات في المواد التجارية ثانيا ثم نظام الاثبات في المواد الجزائية ثالثا، لنصل بعد هذه الدراسة الى تقييم مدى قدرة النظام القانوني العام لإثبات العمليات المصرفية الالكترونية. على أن نتطرق لاحقا للقانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة عن دراسة منازعات العمليات المصرفية الالكترونية.

أولا- نظام الاثبات في المواد المدنية

نظم المشرع الجزائري قواعد الاثبات الموضوعية في التقنين المدني في الباب السادس من الكتاب الثاني المعنون بالالتزامات والعقود، تحت عنوان "اثبات الالتزام" وقد نظم القانون المدني الاثبات بالكتابة، كأهم وسيلة من وسائل الثبات، في الفصل الأول في المواد 323 إلى 332، وقسمها إلى كتابة رسمية وكتابة عرفية، ثم أضاف بموجب تعديل سنة 2005 الكتابة الالكترونية.

---

[1]- حددت المادة 333 من القانون المدني هذا المبلغ بعشرة آلاف دينار جزائري (10000دج)، أي لا يشترط الأثبات بالكتابة إذا كان مبلغ الالتزام أقل من هذا المبلغ.

[2]- يوسف أحمد النوافلة، الاثبات الالكتروني في المواد المدنية والمصرفية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2012، ص192.

[3]- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 17.

وقد أخذ المشرع الجزائري بمبدأ الاثبات المقيد في القانون المدني[1]، حيث حدد وسائل الاثبات على سبيل الحصر، و حدد حالات استعمال كل وسيلة من هذه الوسائل، كما حدد حالات وجوب الكتابة الرسمية وشروطها وأوجب الاثبات بالكتابة في المعاملات المالية غير التجارية التي تزيد قيمتها على 100.000 دج، أو كانت غير محددة القيمة[2]. هذا التوجه ينم عن تبني المشرع الجزائري، ولو جزئيا[3]، لمبدأ الاثبات المقيد الذي يحتم توفر أدلة معينة بذاتها. بحيث لا يمكن للمتنازع اثبات الحقوق المرتبطة بها إلا باستعمال طرقا محددة دون غيرها، بل إن الدعوى لن تقبل شكلا لتخلف الصفة طبقا للمادة 13 من قانون الاجراءات المدنية والادارية، إذا لم يقدم الدليل المحدد حصريا في القانون[4].

ولأن الحاجة إلى إقامة الدليل على الحق المتنازع عليه لا تكون إلا أمام القضاء، ولا يكون لها أثر إلا أمامه، فإن القواعد الاجرائية للإثبات تكتسي نفس الاهمية التي تكتسيها القواعد الموضوعية، فقد تم التفصيل في شروط استعمال طرق الاثبات السابقة الذكر في قانون الاجراءات المدنية والادارية، في الفصل الثاني من الباب الرابع، تحت عنوان إجراءات التحقيق.

ثانيا– نظام الاثبات في المواد التجارية

أهم ما يميز الاعمال التجارية مقارنة بالأعمال المدنية هو السرعة والائتمان، وعليه فكثير من الشكليات المطلوبة في التصرفات المدنية لا توجد في التصرفات التجارية، هذا الاختلاف ينعكس مباشرة على نظام الاثبات بين المواد التجارية والمواد المدنية، فقواعد الاثبات المطبقة في العمليات المصرفية الالكترونية بين البنك الالكتروني والتاجر المهني، تختلف عن تلك المطبقة في حالة كون العقد يجمع البنك والمستهلك، غير المحترف.

فالأصل في العقود التجارية أنها عقود رضائية، أي أنها تنعقد بمجرد تبادل الطرفين التعبير عن ارادتهما المتطابقتين، فلا يشترط لانعقادها شكل معين[5]، ومع ذلك توجد بعض العقود التجارية يشترط لانعقادها شكليات معينة، من هذه الشروط الكتابة الرسمية في عقد الشركة مثلا، أو عقد نقل ملكية محلات تجارية أو صناعية.

ولقد أقر المشرع الجزائري، بنص المادة 30 من القانون التجاري مبدأ حرية الاثبات في المسائل التجارية، حيث نصت هذه المادة على: "يثبت كل عقد تجاري، بسندات رسمية، بسندات عرفية، بفاتورة مقبولة، بالرسائل، بدفاتر الطرفين، بالإثبات بالبينة أو بأية وسيلة أخرى إذا رأت المحكمة وجوب قبولها"[6].

---

[1]- لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 129.
[2]- نص المادة 333 من القانون المدني.
[3]- نورة بن بوزيد، النظام القانوني لبطاقة الدفع و السحب، أطروحة دكتوراه في قانون الأعمال، جامعة البليدة 02، 2014.، ص 84
[4]- المادة 324 مكرر1 من القانون المدني.
[5]- مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص10.
[6]- يلاحظ من خلال نص المادة 30 أن المشرع لم ينظم وسائل الاثبات في المواد التجارية تنظيما ترتيبيا، على غرار وسائل الاثبات في الواد المدنية، الأمر الذي يوحي أن المشرع لم يقدر القيمة الثبوتية لكل وسيلة مقارنة بالأخرى في المواد التجارية. كما يلاحظ من نص المادة 30 أيضا أن وسائل الإثبات في المادة التجارية جاءت على سبيل الذكر وليس على سبيل الحصر، يتضح ذلك من خلال نص الفقرة الاخيرة من المادة السابقة الذكر: "أو بأية وسيلة أخرى إذا رأت المحكمة وجوب قبولها".

ويتميز التقنين التجاري بأنه أكثر القوانين اعتماد على العرف[1]، وأكثرها احتواء على القواعد المكملة التي تترك للأطراف حرية اختيار القواعد التي تحكم العلاقة بينهم وذلك باستبعاد القاعدة القانونية المكملة، وهو أمر يطرح مسألة اثبات القواعد المنظمة للعلاقة بين الطرفين سواء كانت هذه القواعد عرفا تجاريا أو بنود اتفاقية بين الطرفين[2].

الأصل أن الدليل الذي يقدم ضد الخصم في الاثبات يكون صادرا منه حتى يكون دليلا عليه، غير أن القانون التجاري وضع استثناء على هذه القاعدة بأن اعتمد الدفاتر التجارية وأقرها كوسيلة من وسائل الاثبات يمكن أن يقدمها التاجر في منازعة تجارية كدليل لصالحه متى كانت منتظمة وممسوكة وفقا لما يحدده القانون[3].

وعليه يمكن التأكيد على أن نظام الاثبات وفقا للقواعد العامة، في المواد التجارية يختلف عنه في المواد المدنية، فهو في المواد التجارية أكثر حرية وأكثر سهولة. ومنه فإن اثبات العمليات المصرفية الالكترونية، التي يتم انجازها بين البنك الالكتروني والمستهلك، وفقا لهذ القواعد العامة، تختلف عنها في كون الطرف الثاني تاجرا أو مهنيا.

ثالثا– نظام الاثبات في المواد الجزائية

يعتبر نظام الإجراءات الجزائية الجزائري من النظم التي تبنت مذهب الإثبات المختلط، بين النظام الاتهامي والنظام التنقيبي، ثم إن حق تحريك الدعوى العمومية، بموجب هذا القانون، مخول للنيابة العامة باسم المجتمع حماية للحق العام، حسب نص المادة 29 من قانون الإجراءات الجزائية، باعتبارها سلطة اتهام. ويحق أيضا للشخص المضرور تحريك الدعوى العمومية، حسب نص المادة الأولى من قانون الإجراءات الجزائية.

ولقد نظم المشرع الجزائري الإثبات الجنائي في قانون الإجراءات الجزائية في الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الثاني تحت عنوان "في طرق الإثبات". حيث أقر حرية الإثبات بموجب المادة 212، غير أنه تراجع خطوة وقيد مسائل الاثبات في المواد السابقة الذكر من قانون الاجراءات الجزائية[4]، وهذا يبين تردد المشرع الجزائري في تبني أي من النظامين الاتهامي أو التنقيبي، وميله إلى تبني نظام مختلط[5].

يهدف الاثبات في المواد الجنائية عموما إلى البحث فيما إذا كان من الممكن أن يتحول الشك في ارتكاب الجريمة إلى يقين، لأن القاضي لا يمكنه أن يحكم بمجرد الشك. وموضوع الاثبات هنا هو الوقائع وليس القانون، على اعتبار أن القاضي الجنائي وهو بصدد الفصل في القضية عالم بالقانون،

[1]- المادة 02 من القانون التجاري.
[2]- نورة بن بوزيد، مرجع سابق، ص88.
[3]- المادة 30 من القانون التجاري ، و حسب نص المادة 330 من القانون المدني.
[4]- المادة 234 من قانون الاجراءات الجزائية.
[5]- نورة بن بوزيد، مرجع سابق، ص 91

لكنه يجهل الوقائع التي وقعت في الماضي، أي أن الاثبات ينصب على وقوع الفعل المجرم أولا، ثم نسبته إلى المتهم ثانيا.

ويتوجب على النيابة العامة في مجال سعيها لإثبات الجريمة أن تثبت الركن الشرعي للجريمة أولا، كما يتوجب عليها إثبات الركن المادي للجريمة، سواء كان هذا النشاط الاجرامي فعلا أو امتناع عن فعل. ويتطلب من النيابة أيضا اثبات الركن المعنوي للجريمة، أي القصد الجنائي، رغم أن إثبات هذا الركن من أصعب الأمور في عملية الاثبات في الجنائي. ولتسهيل العملية على القاصي اعتبر القانون الركن المعنوي في بعض الجرائم مفترضا، ولا يحتاج إلى اثبات[1].

أما عبء الاثبات الذي يقصد به، التكليف القانوني لأحد أطراف الدعوى بإقامة الدليل على صحة ما يدعيه، فأول من نظمه هو المؤسس الدستوري[2] بنص المادة 56[3]. فعبء الاثبات يقع على عاتق المحكمة (النيابة العامة باعتبارها سلطة اتهام)، حتى ولو كان المدعي المدني هو من حرك الدعوى الجزائية، لأجل ذلك يجب على المحكمة أن تثبت وقوع الفعل الجنائي ونسبته للمتهم في آن واحد. كما أن المادة 56 من الدستور أكدت قرينة البراءة لكل متهم حتى تثبت إدانته، هذا المبدأ منصوص عليه في كثير من الاتفاقيات الدولية والاقليمية[4].

ويترتب على اعتماد قرينة البراءة كأول قاعدة في مجال الاثبات الجنائي، تحديد دور المهتم في المادة الجزائية، فهو لا يكلف أبدا بإثبات براءته، أو بتقديم الدليل على ذلك، إنما يعتبر دوره قاصرا على انكار التهمة ودحض ما تقدمت به النيابة العامة أو المدعي المدني من أدلة الاثبات، فإن عجزا عن تقديم ما يثبت إدانته قضى القاضي ببراءته دون أن يكلفه عبء إثباتها[5].

ومن خلال التمعن في كل قواعد الاثبات في كل المواد السابقة الذكر في القانون الجزائري، سواء الموضوعية منها أو الشكلية، ومحاولة ربطها بموضوع اثبات العمليات المصرفية الالكترونية، تبين لنا ما يلي:

- يمكن القول أن وضع الاثبات في المواد التجارية من حيث الحرية يتوسط كل من الاثبات في المواد الجنائية الاكثر حرية، و الاثبات في المواد المدنية الأكثر تقييدا.

---

[1]- انظر مثلا نص المواد 254، 406 و 407 من قانون العقوبات، الصادر بالأمر 66-156، المؤرخ في 08 جوان 1966، المعدل و المتمم.
[2]- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996، الجريدة الرسمية رقم 76 بتاريخ 08 ديسمبر 1996،معدل ومتمم.
[3]- تنص المادة 56 من دستور 96 على: ": "كل شخص يعتبر بريئا حتى تثبت جهة قضائية نظامية ادانته، في إطار محاكمة عادلة تؤمن له الضمانات اللازمة للدفاع عن نفسه".

[4]- منها العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966 بنص المادة 09 منه، والاتفاقية الاوروبية لحماية حقوق الانسان وحرياته الاساسية لسنة 1950 بنص المادة 06 منها.

[5]- نورة بن بوزيد، مرجع سابق، ص92.

- لم يكن للقواعد العامة للإثبات في القانون المدني الجزائري قيمة في إثبات العقود الالكترونية بصفة عامة، وعقود العلميات المصرفية الالكترونية بصفة خاصة، قبل تعديل سنة 2005[1]، وبهذا التعديل ساوى المشرع الجزائري بين الكتابة الالكترونية والكتابة العادية من حيث الاثبات، كما اعترف بالتوقيع الالكتروني وأعطاه نفس الحجية التي منحها للتوقيع التقليدي أو العادي.
- يمكن القول أن تعديل قانون الاثبات بموجب المواد323مكرر و323 مكرر 1 و327 من القانون المدني، فتحت الباب على مصراعيه للاعتراف بحجية الكتابة الالكترونية، ثم تبع هذا التعديل وأكده صدور كل من قانون التوقيع والتصديق الالكترونيين وقانون التجارة الالكترونية. هذا ما سنفصله في حجية الكتابة الالكترونية في المطلب القادم.
- في ظل التطور التكنولوجي الكبير الحاصل في ميدان الاعلام و الاتصال، واستخدام الحاسوب في كل الأنظمة البنكية الحديثة، لا يمكن الاعتماد على طرق الاثبات التقليدية المبنية على الكتابة على الورق والامضاء الخطي في اثبات العقود المصرفية الالكترونية أو اثبات قيام العميل بعملية مصرفية الكترونية محددة، ولهذا أصبح من الضروري تعديل نظام الإثبات التقليدي القائم على الكتابة على الورق والامضاء الخطي والبصمة والختم، إلى الاثبات باستعمال الكتابة الالكترونية والتوقيع الالكتروني والتوثيق الالكتروني.

الفرع الثاني

دور المحرر الالكتروني في إثبات عقود العمليات المصرفية الالكترونية

اهتمت كل التشريعات بأدلة الاثبات، وفصلت فيها، وحددت شروط استعمال كل دليل ووضعت مبدأ لتدرج هذه الأدلة، حيث منحت الكتابة حجية مطلقة في الاثبات وأعطتها الأولوية على سائر الأدلة، في حين قيدت كل الأدلة الأخرى ومنحتها حجية نسبية، وأعطتها قوة محدودة في الاثبات[2].

واتجهت مختلف النظم القانونية الدولية إلى قبول الاثبات بالمحررات الالكترونية أو رسائل البيانات الالكترونية، في ميدان التجارة الالكترونية خلال نهاية القرن الماضي، بداية من القانون النموذجي للتجارة الالكتروني للأونسيترال الصادر سنة 1996، إلى التوجيه الأوروبي للتجارة الإلكترونية الصادر سنة 2000، إلى تعديل القواعد المنظمة للإثبات في القانون المدني الفرنسي بموجب القانون 2000-230 الصادر في 13 مارس 2000، وصولا إلى القانون 05-10 المعدل للقانون المدني الجزائري الصادر في 20 جوان 2005.

وللتفصيل في حجية الكتابة الالكترونية كدليل على عقود العمليات المصرفية الالكترونية، نتطرق للحديث عن مفهوم المحرر الالكتروني، أولا، لنصل لتقرير مدى حجيته في عقود العمليات المصرفية الالكترونية، ثانيا.

---

[1]- القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، المعدل للقانون المدني، مرجع سابق.
[2]- بلقاسم حمدي، مرجع سابق، ص 181.

أولا– مفهوم المحرر الالكتروني

يقتضي الحديث عن مفهوم المحرر الالكتروني التطرق إلى تعريفه وعناصره وشروطه وأنواعه، هذا ما سنفصله في ما يلي.

أ– تعريف المحرر الالكتروني

لم يقدم المشرع الجزائري تعريفا للمحرر ولا للكتابة بصفة عامة، كطريق من طرق الاثبات. غير ما ورد بالمادة 323 مكرر من القانون المدني، والتي جاءت بعد تعديل سنة 2005، التي نصت على: "ينتج الاثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تضمنتها، وكذا طرق ارسالها". الصياغة التي جاءت بها هذه المادة تقترب تماما من الصيغة الواردة بالمادة 1316 من القانون المدني الفرنسي[1].

والملاحظ أن جل القوانين والتشريعات المقارنة لم تقم بتعريف الكتابة إلا عندما أدخلت معها المفهوم الالكتروني[2]. فعبارة "مهما كانت الوسيلة التي تضمنتها، وكذا طرق ارسالها " الواردة في المادة السابقة، تشير إلى كل الوسائل التي يمكن أن تطورها التكنولوجية الحديثة ومنها الوسائل الالكترونية الحالية، كأداة حاملة للكتابة "المستند"، أو كوسيلة مرسلة لها.

من جهته القانون النموذجي للتجارة الالكترونية للأونسيترال لسنة 1996، عرف رسالة البيانات من خلال المادة 02 فقرة أ، على أنها: "المعلومات التي يتم انشاؤها أو استلامها أو تخزينها بوسائل الكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، تبادل البيانات الالكترونية أو البريد الالكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي".

ومن جهته الفقه يستخدم العديد من المصطلحات للدلالة على المحرر الالكتروني، فهناك من يستعمل مصطلح "رسالة البيانات"، وهناك من يستعمل مصطلح "الوثيقة الالكترونية"، وهناك من يستعمل مصطلح "المستند الالكتروني"، وهناك من يستعمل مصطلح "السجل الالكتروني"، وهناك من يفضل استعمال مصطلح "المحرر الالكتروني"[3]، ما يجمع جميع هذ المصطلحات أنها تعبر عن كتابة على دعامة الكترونية، كما تعبر كل هذه المصطلحات أيضا عن إنشاء أو ارسال أو استقبال أو تخزين معلومات بوسائط وتقنيات الكترونية.

ب– عناصر المحرر الالكتروني

من خلال مجمل التعاريف السابقة للمحرر الإلكتروني، يمكن اجمال العناصر الاساسية له في ما يلي[4]:

---

[1]- Art L 1316 « La preuve littérale, ou preuve par écrit, résulte d’une suite de lettres, de caractères, de chiffres, ou de toutes autres signes ou symboles dotés d’une signification intelligible, quels que soient leur support ou leurs modalités de transmission »

[2]- Fatima Zohra Boulaich Bayssa, op.cit. p 162.

[3]- عائشة قصار الليل، حجية المحرر و التوقيع الالكتروني في الاثبات –دراسة مقارنة- رسالة دكتوراه في العلوم القانونية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2017، ص 23.

[4]- المرجع نفسه، ص 26

1- الكتابة الالكترونية

تعتبر الكتابة أولى عناصر المحرر الالكتروني إذ لا يتصور وجوده بدونها، وقد سبق تعريفها أنها تسلسل حروف أو أشكال أو أرقام أو علامات أو رموز ذات معنى[1]. غير ان الكتبة المقصودة هنا ليست الكتابة التقليدية وليست كتابة القلم العادي، إنما المقصود بالكتابة الالكترونية التي يتم انشاؤها بواسطة جهاز الكتروني كالحاسوب أو الهاتف الذكي أو غيرهما، هذه الكتابة الالكترونية تكون محمولة على دعامة الكترونية.

2- الدعامة الالكترونية

الدعامة هي الحامل، في الكتابة العادية الدعامة هي الورق، او الجلد او الحجر أو المادة الي تحوي الكتابة، في الكتابة الالكترونية تكون الدعامة الكترونية، حيث لا يمكننا التعامل مع هذه الكتابة إلا بواسطة الاجهزة الالكترونية، عند انشاء الكتابة أو تخزينها أو ارسالها أو اخراجها (طبعها)، كما أنه يمكن تحويل الكتابة العادية على الورق إلى دعامة الكترونية، بعد تصويرها بالماسح الضوئي، من ثم التعامل معها كأي دعامة الكترونية، بتخزينها أو ارسالها.

3- التوقيع الالكتروني

لا تعتبر الكتابة دليلا كاملا في الاثبات إلا إذا كانت ممهورة بتوقيع، والذي يعتبر العنصر الاساسي في المحرر (أي محرر) المعد للإثبات، وحتى ينسب المحرر لصاحبه وجب أن يحمل توقيعا له، حتى لو كانت الكتابة بخط يد غيره. ويمهر العقد بتوقيع الاطراف سواء كان هذا العقد رسميا أو عرفيا. حيث نصت الفقرة الأولى من المادة 324 مكرر2 على: "توقع العقود الرسمية من قبل الأطراف والشهود عند الاقتضاء، ويؤشر الضابط العمومي على ذلك في آخر العقد". من جهتها المادة 326 مكرر2 بينت أن المحرر الرسمي يتحول إلى محرر عرفي إذا كان الضابط العمومي الذي حرر العقد غير مؤهل، أو إذا انعدم الشكل المطلوب قانونا، بشرط أن يكون هذا المحرر موقعا من الأطراف. حيث جاء في نص المادة: "يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو انعدام الشكل، كمحرر عرفي إذا كان موقعا من قبل الأطراف"

وعلى هذا الاساس وجب أن يكون كل سند الكتروني معدا للإثبات ممهورا بتوقيع الكتروني. ولقد عرفت الفقرة الأولى من المادة الثانية من القانون 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الالكترونيين[2]، التوقيع الالكتروني على أنه: "بيانات في شكل الكتروني، مرفقة أو مرتبطة منطقيا ببيانات الكترونية اخرى، تستعمل كوسيلة توثيق". ونظرا لخصوصية التوقيع الالكتروني وأهميته في اثبات في العمليات والخدمات المصرفية الالكترونية محل الذكر، نتولى تفصيله في ما بعد في فرع مستقل في نهاية هذا المبحث.

---

[1]- المادة 323 مكرر من القانون المدني.

[2]- قانون 15-04، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع و التصديق الالكترونيين، مرجع سابق.

ج- شروط المحرر الالكتروني

يعتبر المحرر الالكتروني أداة للتعبير عن الإرادة بين البنك والعميل أو الزبون الكترونيا، وهو الذي يثبت التزام أي طرف في مواجهة الطرف الآخر، وحتى يعترف القانون بحجية المحرر الالكتروني ويضفي عليه الحجية المقررة قانونا للمحرر التقليدي، وجب أن يتوفر على مجموعة من الشروط، نوجزها في ما يلي[1]:

1- أن تكون الكتابة مقروءة

حتى يتمتع المحرر الالكتروني بالحجية القانونية في الاثبات، يجب أن تكون الكتابة التي يحتويها المحرر مقروءة ومفهومة، ويستوي في ذلك أن تكون القراءة مفهومة مباشرة من طرف الانسان، بعد عرضها على شاشة الجهاز الالكتروني كالكتابة المصورة، أو أن تكون الكتابة مشفرة و مكتوبة بلغة الآلة، حيث لا يمكن للإنسان قراءتها إلا بعد فك التشفير بواسطة الجهار الالكتروني المختص، بحيث تصبح هذه البيانات واضحة ومفهومة للإنسان[2].

ولقد أكدت على هذا الشرط نص المادة 323 مكرر من القانون المدني السابقة الذكر، عند تعريفها للكتابة بأنها تسلسل للحروف أو الأرقام أو علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، فالشرط الأساسي للكتابة أن تكون مفهومة من كل الأطراف.

2- الاستمرارية و الدوام

يقصد به أن يكون المحرر قادرا على مقاومة عوامل الزمن وعدم ضياع المعلومات والبيانات الالكترونية التي تضمنها، بحيث يمكن الرجوع إليه عند الحاجة وتكون البيانات مازالت واضحة ومقروءة ومفهومة. ويهدف هذا الشرط إلى إضفاء الثقة والأمان على المحرر الالكتروني حتى يمكن الاعتماد عليه ومنحه الحجية القانونية[3]. وإلى هذا أشارت المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني، حيث اشترطت في الكتابة الالكترونية التي يمكن ان تكون دليلا في الاثبات أن تكون "معدة و محفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

من جهته التوجيه الاوروبي 65/2002، المتعلق بالتسويق عن بعد للخدمات المالية لدى المستهلكين، السابق ذكره، أوجب على مورد الخدمات المالية أن يمكن المستهلك من حفظ البيانات على حامل دائم« support durable ». وذكر من أنواع الحامل الدائم القرص المضغوط و DVD، و القرص الصلب للحاسوب الخاص بالمستهلك. كما أكد أن مفهوم الحامل الدائم لا يشمل موقع الانترنت[4].

[1]- تم صياغة هذه الشروط من خلال بعض مواد القانون الجزائري و القانون المقارن ذات العلاقة بالموضوع.
[2]- لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 145
[3]- عائشة قصار الليل، مرجع سابق، ص 51.
[4]- Considérant 20, Directive 2002/65/CE, op.cit.

3-عدم القابلية للتعديل

يقصد به أن يكون المحرر قادرا على مقاومة أي محاولة لإجراء تعديلات أو تغييرات، أو تزوير لمضمونه، فلا يمكن أن يتم هذا التعديل أو التغيير دون اتلاف المحرر، أو ترك أثر واضح عليه. ويهدف هذا الشرط إلى إضفاء الثقة والأمان على المحرر الالكتروني حتى يمكن الاعتماد عليه ومنحه الحجية القانونية.

وإلى هذا أشارت المادة 10 من القانون النموذجي للتجارة الالكترونية، تحت عنوان الاحتفاظ برسائل البيانات، حيث بينت أن الاحتفاظ برسائل البيانات الالكترونية يتحقق عندما يتيسر الاطلاع على المعلومات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها والرجوع اليها لاحقا. كما أن الاحتفاظ برسالة البيانات، حسب الفقرة "ب" من نفس المادة "يجب أن يكون بالشكل الذي انشئت، ارسلت أو استلمت به، أو بشكل يمكن اثبات أنه يمثل بدقة المعلومات التي انشئت أو أرسلت أو استلمت". وإضافة إلى حفظ رسالة البيانات الالكترونية نفسها، من غير تعديل ولا تغيير، فضلت ذات المادة من خلال الفقرة "ج" منها الاحتفاظ بالمعلومات التكميلية المتعلقة برسالة البيانات الالكترونية، والتي تبين منشأ الرسالة ووجهة ارسالها وتاريخ ووقت ارسالها واستلامها.

ما تجدر الاشارة إليه هنا، أن التكنولوجيا الحديثة وصلت إلى إيجاد أنواع من بطاقات الذاكرة بحيث أن المعلومات والبيانات التي سجلت عليها لا يمكن تعديلها أو تغييرها أو محوها إلا بإعدام الحامل أو المحرر الالكتروني نفسه تماما[1].

في الأخير نشير أيضا إلى أن قانون التوقيع والتصديق الالكترونيين إنما جاء لمعالجة هذه الثغرة وضمان بقاء المستند الالكتروني كما هو من غير تعديل ولا تبديل ولا تحريف. وضمان نسبته إلى صاحبه من خلال نظام التوقيع الالكتروني ومختلف الأليات والمتدخلين والأجهزة المشرفة على ذلك، وكذا من خلال نظام التصديق أو التوثيق الالكتروني. ونظرا لأهمية هذا الموضوع نفصله على حدا لاحقا.

د- أنواع المحررات الالكترونية

تقسم معظم التشريعات المحررات المعدة للإثبات إلى محررات رسمية ومحررات عرفية، وهنا يمكن التساؤل هل يمكن اسقاط هذا التقسيم على المحررات الالكترونية بتقسيمها هي أيضا إلى محررات الكترونية رسمية ومحررات الكترونية عرفية؟ وإذا كان هذا التقسيم للمحررات جائزا في البيئة الالكترونية، فما هي المحررات التي يعتد بها لإثبات العمليات والخدمات المصرفية الالكترونية؟

[1]- لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص148.

1- المحرر الرسمي الالكتروني

عرفت المادة 324 من القانون المدني العقد الرسمي (التقليدي) على أنه: "عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو تلقاه من ذوي الشأن و ذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته و اختصاصه". و عليه فشروط المحرر الرسمي هو أن يعده موظف عام أو ضابط عمومي مختص ووفقا للإجراءات التي يحددها القانون.

لم يستعمل المشرع الجزائري مصطلح المحرر الرسمي الالكتروني في القانون المدني بعد تعديله ولا في القانون 04/15 ولا في القانون 05/18، غير أن المادة 17 من قانون المعاملات الالكترونية الاردني رقم 15 لسنة 2015، ذكرت في فقرتها الأخيرة "يجوز إصدار أي سند رسمي بالوسائل الإلكترونية شريطة ارتباط السجل الالكتروني الخاص به بتوقيع الكتروني موثق". فهذه المادة أكدت الصلة بين المحرر الرسمي والمحرر الرسمي الالكتروني عن طريق التوقيع الالكتروني الموثق، أو بعبارة أخرى يمكن القول أن المحرر الرسمي الالكتروني هو المحرر الرسمي الموقع الكترونيا. ولقد ذكر المشرع الفرنسي الإجراءات التي من خلال يتم انشاء المحرر الرسمي الالكتروني من خلال المرسوم 973/2005[1].

2- المحرر العرفي الالكتروني

عرفت المادة 326 من القانون المدني العقد العرفي (التقليدي) على أنه العقد المكتوب والموقع من الطرفين، بدون تدخل موظف عام أو ضابط عمومي. أي أن سقوط شرط من شروط العقد الرسمي يحوله إلى عقد عرفي، بشرط أن يكون العقد موقع من الطرفين. ولقد تم تعريف المحرر العرفي الالكتروني على أنه[2]: "كل كتابة الكترونية متفق عليها محررة بين طرفين أو أكثر بوسيلة الكترونية وموقع عليها بين أطرافها، دون تدخل موظف عام في تدوينها". و بهذا فالاختلاف الوحيد بين المحرر العرفي الورقي أو التقليدي والمحرر العرفي الالكتروني هو فقط في الحامل، ففي المحرر العرفي التقليدي تتكون الكتابة على وسيط مادي، هو الورق عموما، أما في الكتابة الالكترونية فتكون على دعامة الكترونية.

من جهة أخرى، يقسم الفقه والقانون عموما المحررات العرفية (التقليدية) إلى قسمين، محرر عرفي معد للإثبات، فهو محرر مكتوب وموقع مسبقا بين أطرافه، ومعد ليكون دليلا فيما قد يثور بينهم من نزاع، ومحرر عرفي غير معد للإثبات كالرسائل والدفاتر التجارية. هذا بالنسبة للأعمال المدنية، أما الاعمال التجارية فيمكن اثباتها بأية طريقة من طرف الإثبات حسب ما جاء في نص المادة 30 من القانون التجاري[3].

---

[1]- Décret N° 2005-973 du 10 aout 2005 modifiant le décret N° 71-941 du 26 novembre 1971, relatif aux actes établis par les notaires. Disponible sur le site : https://www.legifrance.gouv.fr/

[2]- خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني للتوقيع الالكتروني في ضوء الاتفاقيات الدولية و التشريعات العربية و القانون 15 لسنة 2004، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية، 2007، ص188،

[3]- تنص المادة 30 من القانون التجاري على:
"يثبت كل عقد تجاري:

غير أن هذا التقسيم، أي تقسيم المحررات الالكترونية إلى محررات رسمية ومحررات عرفية، لا يعنينا كثيرا في هذه الدراسة، وفقا لما ذكرناه سابقا من مبدأ حرية الاثبات في القانون التجاري، كما أن الاستثناءات التي أوردها القانون المدني في العقود التي يجب ان تكون رسمية لا توجب فيها وليس فيها أي اشارة للعقود البنكية أو العقود المتعلقة بالمعاملات المالية، بمعنى أن الكتابة العرفية، بغض النظر أن كانت تقليدية أو الكترونية يمكن أن تكون دليلا على اثبات العمليات المصرفية تقليدية كانت أو الكترونية.

ثانيا- حجية المحرر الالكتروني في العقد العمليات المصرفية الالكتروني

نتناول حجية الكتابة الإلكترونية من خلال الحديث عن مفهوم مبدأ الحياد إزاء التكنولوجيا، وكذا الاعتراف القانوني بالكتابة الالكترونية.

أ- مبدأ التعادل الوظيفي أو مبدأ الحياد إزاء التكنولوجيا

نظرا لأهمية هذا المبدأ في تقرير حجية السندات الالكترونية في الاثبات، فقد تم النص عليه في معظم القوانين الدولية التي تناولت تنظيم العقود الالكترونية بمختلف أنواعها. نتناول الحديث عن حجية المحرر الالكتروني من خلال نصوص قانون التجارة الالكترونية وكذا النصوص المنظمة لعقود الخدمات المصرفية الالكترونية.

المقصود بمبدأ الحياد إزاء التكنولوجيا، أو مبدأ الحياد اتجاه الوسائط، الوارد بموجب المادة 5من قانون الأونسيترال النموذجي للتجارة الالكترونية لسنة 1996.وبموجب المادة 03 من قانوني الأونسيترال النموذجي للتوقيعات الالكترونية لينة 2001 تحت عنوان المعاملة المتكافئة لتكنولوجيا التوقيع. وبموجب الفقرة 01 من المادة 07 من اتفاقية الخطابات الالكترونية. وبالفقرة 01 من المادة 7 من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن السجلات الالكترونية القابلة للتحويل لسنة 2017. ويتضمن النص من حيث المبدأ، على استيعاب جميع الاحوال الواقعية التي تنشأ فيها المعلومات أو تخزن أو تبلغ، بصرف النظر عن الوسيلة التي قد تثبت عليها تلك المعلومات، ويعكس هذا المبدأ عدم التمييز بين المعلومات التي تحملها الأوراق والمعلومات التي تبلغ أو تخزن الكترونيا.

ب- الاعتراف القانوني بالكتابة الالكترونية

نصت المادة 323 مكرر1 من القانون 05-10 المعدل للقانون المدني على: "يعتبر الاثبات بالكتابة في الشكل الالكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط امكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها"1. يتضح من خلال نص هذه المادة أن المشرع الجزائري، كغيره من التشريعات المقارنة، قد اعترف صراحة بحجية الكتابة الالكترونية في الاثبات، وساوى بينها وبين الكتابة الخطية على السند المادي والذي هو عادة الورق. لكنه ربط هذا

- بسندات رسمية، بسندات عرفية، بفاتورة مقبولة، بالرسائل، بدفاتر الطرفين، بالإثبات بالبينة أو بأية وسيلة أخرى إذا رأت المحكمة وجورب قبولها".

[1]- القانون 05-10، المعدل للقانون المدني، مرجع سابق.

الاعتراف بشرط إمكانية التأكد من هوية المصدر (الكاتب) أي إمكانية التحقق من هويته عند اللزوم، وكذا سلامة السند الالكتروني الدي سجلت عليه هذه الكتابة. وقد ذكرنا سابقا شروط المحرر الالكتروني ومنها الاستمرار والسلامة، أي عدم تغير الكتابة بمرور الزمن.

المطلب الثاني

آليات التوثيق الالكتروني لعقود العمليات المصرفية الالكترونية

لدراسة آليات التوثيق الالكتروني لعقود العمليات المصرفية الالكترونية، نتناول الحديث عن التوقيع الالكتروني ودوره في اثبات عقود العمليات المصرفية الالكترونية في فرع أول، وكذا التصديق الالكتروني كآلية من آليات التأكد من الهوية في المعاملات المصرفية الإلكترونية، في فرع ثان.

الفرع الأول

دور التوقيع الالكتروني في اثبات عقود العمليات المصرفية الالكترونية

يؤدي التوقيع الخطي عموما عدة وظائف أهمها، تحديد هوية الشخص الموقع، وتوفير ما يؤكد يقينا قيام هذا الشخص بعينه بهذا التوقيع، والربط بين الشخص الموقع والمستند. كما أن التوقيع يمكن أن يؤدي مجموعة أخرى من الوظائف، حسب طبيعة المستند، منها أن يكون شاهدا على نية الطرف على الالتزام بمضمون العقد الموقع عليه، أو على نية الشخص الاقرار بتحريره للنص، أو على نية شخص تأييد مضمون سند كتبه شخص آخر في مكان معين ووقت وجوده فيه[1].

أخيرا صدر القانون الذي طال انتظاره، قانون التوقيع والتصديق الالكترونيين 04/15 سنة 2015، وذلك قناعة من المشرع الجزائري بضرورة مواكبة التطور القانوني للتطور التكنولوجي الحاصل في ميدان الاتصالات الالكترونية[2].

يلعب التوقيع الالكتروني دورا كبيرا في مجال تحديد هوية عملاء البنك في الخدمات المصرفية الالكترونية على شبكة الانترنت، واثبات صحة تصرفاتهم في مواجهة البنك، أو في مواجهة بعضهم البعض، والتأكد من أن البيانات التي ارسلوها أو استقبلوها هي بالفعل البيانات الصحيحة ولم يتم العبث بها على الشبكة العنكبوتية، من طرف شخص أو جهة أخرى[3]. كما أن التوقيع الالكتروني بمختلف أشكاله، يسمح للبنك بالتعرف على الشخص المسموح له بالدخول للحساب ومن ثم القيام بمختلف العمليات البنكية عن بعد، من سحب أو دفع أو تحويل للأموال، أو غيرها من العمليات والخدمات التي يتم الكترونيا، وأن عدم التحقق من شخصية العميل في هذه الحالة يمكن أن تكون نتائجها وخيمة ليس على البنك فحسب بل على الاقتصاد العام للدولة. ومنه نتناول في هذا الفرع دراسة التوقيع الالكتروني

---

[1]- الفقرة 29، دليل اشتراع قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية لسنة 2001. ص 23.

[2]- كما جاء هذا القانون أيضا استجابة لنداء الامم المتحدة بأن تولي جميع الدول اعتبارا إيجابيا للقانون النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية الصادر سنة 2001، عن لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي، عندما تقوم بسن قوانينها أو تنقيحها، وذلك بالنظر إلى ضرورة توحيد القوانين الواجبة التطبيق على بدائل الاشكال الورقية للاتصال وتخزين المعلومات وتوثيقها.

[3]- علاء التميمي، مرجع سابق، ص646.

كعنصر من عناصر المحرر الالكتروني أو رسالة البيانات الالكترونية، المعد لإثبات العقود المصرفية الالكترونية، ونفصل ذلك من خلال التطرق لمفهومه أولا، ومدى حجيته ثانيا.

أولا- مفهوم التوقيع الالكتروني

يقصد بمفهوم "توقيع الكتروني" في إطاره العام، أن يشمل جميع الاستعمالات التقليدية للتوقيع الخطي لإحداث مفعول قانوني، حيث أن تعيين هوية الموقع وربطه بمحتوى المستند، هما الحد الأدنى المشترك لمختلف المناهج بشأن التوقيع الالكتروني الموجودة في مختلف النظم القانونية المقارنة. وعليه فإن تعريف التوقيع الالكتروني يجب أن يكون شاملا وقادرا على بيان الموافقة على المعلومات المدرجة أو المرفقة به، كما يعني أساسا وضع شرط تقني مسبق للاعتراف بتكنولوجيا معينة باعتبارها قادرة على انشاء نظير للتوقيع الخطي، وعليه فإن تعريف التوقيع الالكتروني المعتمد في هذا الإطار، يجب أن يركز على استخدام التوقيعات الالكترونية كنظائر وظيفية للتوقيع الخطي في الخدمات والعمليات المصرفية[1].

نتناول تفصيل مفهوم التوقيع الالكتروني من خلال الحديث عن تعريف التوقيع الالكتروني، ثم الحديث عن مختلف وصوره.

أ- تعريف التوقيع الالكتروني

رغم أهمية التوقيع في الاثبات ونسبة الوثيقة الموقعة إلى صاحبها، إلا أن مختلف التشريعات لم تضع تعريفا لهذا التوقيع التقليدي، إلا عند ظهور التوقيع الالكتروني وارتباط القانون بالتقنية ووسائل الاتصال الحديثة، ما دفع بمختلف التشريعات الوطنية والدولية والاقليمية إلى وضع تعاريف محددة للتوقيع الالكتروني.

ولقد سار المشرع الجزائري على نفس النهج بعدم وضع تعريف خاص للتوقيع، رغم اشتراطه لتوقيع العقود الرسمية من قبل الاطراف والشهود عند الاقتضاء وتأشير الضابط العمومي على ذلك[2]. مع إمكانية وضع البصمة مكان التوقيع للذين لا يعرفون أو لا يستطيعون التوقيع.

لم يعرف المشرع التوقيع الالكتروني في القانون المدني رغم نصه على حجيته في الاثبات صراحة من خلال المادة 327، تعديل سنة 2005[3]. لكن بصدور القانون15-04 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين عرفت المادة 02 في فقرتها الأولى التوقيع الالكتروني على أنه: "بيانات في شكل الكتروني، مرفقة أو مرتبطة منطقيا ببيانات الكترونية أخرى، تستعمل كوسيلة توثيق".

---

[1]- قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية مع دليل الاشتراع، الأمم المتحدة، 2001، فقرة 93، ص52. على الموقع: https://uncitral.un.org/ar

[2]- المادة 324 مكرر2 من القانون المدني الجزائري.

[3]- عرفه المرسوم تنفيذي رقم 07-162 مؤرخ في 30 ماي 2007، معدل و متمم للمرسوم التنفيذي 01-123 المؤرخ في 09 ماي 2001 المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية و على مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، ج ر قم 37 بتاريخ 07 ماي 2007، في المادة 03 مكرر على أنه: "معطى ينجم عن استخدام أسلوب عمل يستجيب للشروط المحددة في المادتين 323 مكرر و 323 مكرر1 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني".

عند قراءة هذا التعريف أول ما يتبادر إلى الذهن هو ماهي هذه البيانات الالكترونية الأخرى، التي ترفق أو ترتبط بها بيانات الامضاء الإلكتروني؟ وقبل ذلك ماهي بيانات التوقيع الالكتروني؟ أو ما هي البيانات التي يمكن ان يتكون منها التوقيع الالكتروني؟[1].

أورد القانون نفسه في الفقرة الثالثة من نفس المادة، تعريفا لبيانات انشاء التوقيع الالكتروني على أنها: "بيانات فريدة، مثل الرموز أو مفاتيح التشفير الخاصة، التي يستعملها الموقع لا نشاء التوقيع الالكتروني". فهل هذه البيانات هي نفسها بيانات المكونة التوقيع الالكتروني، والمنشئة له؟ أي أن التوقيع الالكتروني، حسب هذا التعريف، يتكون من رموز ومفاتيح تشفير خاصة، أم أن هذه البيانات "بيانات انشاء التوقيع الالكتروني" هي البيانات الثانية المقصودة في التعريف الأول، و لهذا أضاف لها كلمة "انشاء"، أي هي البيانات التي تنشئ التوقيع و ليست التوقيع نفسه، و يتكرر نفس السؤال ما هي البيانات التي يتكون منها التوقيع الالكتروني؟

الحقيقة أن تعريف التوقيع الالكتروني الذي جاء به المشرع الجزائري هو نفسه التعريف[2] الذي جاء به التوجه الأوروبي93/1999 المؤرخ في 13 ديسمبر 1999 والذي ينص على: « Signature électronique : une donnée sous forme électronique, qui est jointe ou liée logiquement à d’autres données électroniques et servant de méthode d’authentification »[3].

غير أن الغوص في تفاصيل هذا التعريف، ومدلولاته المحتملة، ليست لها أهمية علمية كبيرة في هذه الدراسة، وما أردنا الاشارة إليه هنا أن المشرع الجزائري لم يوفق كثيرا في إعطاء تعريف بسيط واضح ومباشر للتوقيع الالكتروني، عكس المشرع الاردني، مثلا الذي أعطى تعريفا واضحا للتوقيع الالكتروني، على أنه: "البيانات التي تتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو اشارات أو غيرها وتكون مدرجة بشكل الكتروني أو أية وسيلة أخرى مماثلة في السجل الالكتروني، أو تكون مضافة اليه أو مرتبطة به، بهدف تحديد هوية صاحب التوقيع وانفراده وتميزه عن غيره"[4].

يكون هذا التعريف واضحا بتعريف المصطلح الاساسي الوارد فيه وهو السجل الالكتروني، الذي عرفته الفقرة 07 من المادة 02 من نفس القانون على أنه: "رسالة المعلومات التي تحتوي على قيد أو عقد أو أي مستند أو وثيقة من نوع آخر يتم انشاء أيا منها أو تخزينها أو استخدامها أو نسخها أو ارسالها أو تبليغها باستخدام الوسيط الالكتروني". وبهذا يمكن القول، حسب هذا التعريف، أن التوقيع الالكتروني

---

[1]- حفيظة كراع، **"حجية التوقيع الالكتروني في اثبات المعاملات المصرفية الالكترونية"**، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد الثالث عشر، جويلية 2018، ص707.

[2]- عند مطابقة تعريف الاتحاد الاوروبي بالنسخة الفرنسية لتعريف المشرع الجزائري بالقانون 15-04، نجده نفس التعريف بنفس الكلمات.

[3] - Article 2-1 de la directive 1999/93/CE du parlement européen et du conseil, du 13 décembre 1999, sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques. disponible sur le site : https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR

[4]- المادة 2 فقرة 9 من قانون المعاملات الالكترونية الاردني، مرجع سابق.

هو أية بيانات يمكن أن تتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها، تكون مدرجة بشكل الكتروني في أي قيد أو عقد أو مستند أو وثيقة الكترونية، بهدف تحديد هوية صاحب التوقيع و تمييزه عن غيره.

من جهة أخرى، أورد المشرع الجزائري تعريفا للموقع الالكتروني بموجب المادة 02 فقرة 02 من القانون 15-04 على أنه: "شخص طبيعي يحوز بيانات انشاء التوقيع الالكتروني ويتصرف لحسابه الخاص أو لحساب الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يمثله". وهو نفس التعريف تقريبا الوارد بموجب المرسوم التنفيذي[1]162/07 "الموقع شخص طبيعي يتصرف لحسابه أو لحساب الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يمثله، ويضع موضع التنفيذ جهاز إنشاء التوقيع الالكتروني". والملاحظ أن هذين التعريفين قصرا الموقع الالكتروني على الشخص الطبيعي فقط دون الشخص المعنوي، و هذا من شأنه أن يحرم كثيرا من الأشخاص المعنوية كالشركات التجارية والبنوك من استعمال التوقيع الالكتروني.

غير أن تعريف الموقع الوارد بالتوجيه الاوروبي السابق الذكر، عرف الموقع بصفة عامة ولم يقصره على الموقع الالكتروني فقط، هذا من جهة، ومن جهة أخرى لم يقصره على الشخص الطبيعي فقط، بل شمل التعريف أيضا الشخص المعنوي. كما أن تعريف الموقع الوارد بالقانون النموذجي للتوقيعات الالكترونية، لم يورد أي تفرقة بين الشخص الطبيعي والمعنوي بل لم يذكرهما أصلا، على غرار بقية التعاريف الواردة بالقانون، وجاء تعريف الموقع على أنه: "موقع: يعني شخصا حائزا على بيانات انشاء توقيع و يتصرف إما بالأصالة عن نفسه وإما بالنيابة عن الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يمثله".[2]

ولقد جاء قانون التوقيع والتوثيق الالكترونيين، بمصطلح التوقيع الالكتروني الموصوف ولم يعرفه، وذكرت المادة 07 شروطا بتوافرها يعتبر التوقيع الالكتروني توقيعا الكترونيا موصوفا، نتناول هذه الشروط عند الحديث عن حجيته التوقيع الالكتروني.

من جهته التوجيه الأوروبي 93/1999، والذي صدر قبل المرسوم التنفيذي 162/07، أورد تعريفا للتوقيع الالكتروني المتقدم «signature électronique avancée» وهو التوقيع الالكتروني الذي تتوفر فيه الشروط الثلاثة السابقة الذكر إضافة إلى شرط رابع وهو أن يمكن التوقيع الالكتروني من تعريف أو تحديد الموقع[3].

---

[1]- المادة 3 فقرة 3 من المرسوم التنفيذي 07-162 مرجع سابق.

[2] - Article 2-3 de la directive 1999/93, Op.cit.

Signataire : toute personne qui détient un dispositif de création de signature et qui agit soit pour son propre compte, soit pour celui d'une entité ou personne physique ou morale qu'elle représente.

[3]-Article 2-2 : « signature électronique avancée» une signature électronique qui satisfait aux exigences suivantes:

a) être liée uniquement au signataire;

b) permettre d'identifier le signataire;

ولا يمكن المرور على تعريف التوقيع الالكتروني دون ذكر التعريف الوارد بقانون التوقيعات الالكترونية للأونسيترال النموذجي لسنة 2001: "يعني بيانات في شكل الكتروني مدرجة في رسالة بيانات، أو مضافة اليها أو مرتبطة بها منطقيا، يجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة لرسالة البيانات، ولبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات". وتم تعريف رسالة البينات الواردة بهذا التعريف على أنها: "معلومات يتم انشاؤها أو ارسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل الكترونية ضوئية، أو بوسائل مشابهة بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر، التبادل الالكتروني للبيانات أو البريد الالكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ الورقي".

نلاحظ أن هذا التعريف اعتمد على شكل التوقيع حتى يكون التوقيع الكترونيا، كما أنه حدد من خلال هذا التعريف وظائف التوقيع الالكتروني، أي أن تعريف القانون النموذجي للأونسيترال اعتمد على المزج بين المعيارين العضوي والوظيفي. ففي المعيار الوظيفي بين التعريف ضرورة تعيين التوقيع الالكتروني لهوية الشخص الموقع وبيان موافقته على المعلومات الواردة في المحرر المدرج فيه هذا التوقيع، وهو بذلك ينسجم مع الأصل العام للتوقيع في الدلالة على شخص الموقع، وللتأكيد على أن إرادته قد اتجهت للالتزام بما وقع عليه[1].

والملاحظ أن جميع التعريفات السابقة ركزت على اظهار أهم وظائف التوقيع الالكتروني وهي التعرف على هوية الموقع وتمييزه عن غيره ونسبة التصرف القانوني أو المستند الالكتروني الذي يحمل توقيعه اليه، كما أنها لم تشر بالتحديد لمجال استعمال التوقيع الالكتروني ومنها الخدمات المصرفية الالكترونية، لان مجال البنوك الالكترونية لا يختلف عن مجال التجارة الالكترونية عموما.

وعليه يمكن تعريف التوقيع الالكتروني في مجال البنوك العاملة على شبكة الانترنت، بأنه عبارة عن مجموعة بيانات الكترونية ذات طابع مميز تسمح بتحديد شخصية العميل ونسبة التصرف إليه من الناحية القانونية، عند التعامل مع البنك على شبكة الانترنت[2].

ب- صور التوقيع الالكتروني

عند اعداد الأونسيترال للقانون النموذجي للتوقيعات الإلكترونية، درست اللجنة مختلف التقنيات، المستخدمة أو التي هي في قيد التطوير، التي يمكن أن تستعمل في التوقيع الالكتروني، حيث أكدت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، أن الغرض المشترك لكل هذه التوقيعات هو إيجاد نظائر أو بدائل وظيفية لكل من التوقيعات الخطية ومختلف آليات التوثيق المستخدمة في البيئة الورقية، مثل وضع الأختام أو الطوابع أو البصمة. وأكدت اللجنة على أن نفس التقنيات يمكن أن تؤدي وظائف إضافية في

---

c) être créée par des moyens que le signataire puisse garder sous son contrôle exclusif et
d) être liée aux données auxquelles elle se rapporte de telle sorte que toute modification ultérieure des données soit détectable.

[1]- حوالف عبد الصمد، مرجع سابق، ص 498.
[2]- علاء التميمي، مرجع سابق، ص 651.

التجارة الإلكترونية، مستمدة من وظائف التوقيع ولكنها لا يوجد لها نظير على وجه الدقة في البيئة الورقية[1].

كما أكدت اللجنة أيضا على "أنه لا ينبغي تفسير القانون النموذجي للتوقيعات الالكترونية على أنه يثبط العزم على استخدام أية طريقة من طرائق التوقيع الإلكتروني، سواء كانت موجودة بالفعل أم ستنفذ في المستقبل"[2]. هذا رغم أن القانون النموذجي للأونسيترال فضل تنظيم وتفصيل التوقيع الالكتروني الرقمي، المعتمد على مفتاح التشفير الخاص ومفتاح التسفير العام، الذي سنوضحه لاحقا، ثم تبعته قوانين مختلف الدول، ومنها الجزائر، فيما بعد.

وعلى هذا الاساس فإنه لا يجب أن يحصر التوقيع الالكتروني المعد لإثبات العمليات المصرفية الالكترونية خصوصا، أو المستعمل في مجال التجارة الالكترونية عموما، في صورة أو نموذج معين، أو تقنية محددة، بل يمكن استعمال أية تقنية موجودة أو يمكن أن توجد في المستقبل ما دامت هذه التقنية تؤدي الأغراض التي من أجلها وجد التوقيع.

وبالنظر إلى مختلف صور وتقنيات التوقيع الالكتروني الموجودة حاليا، يمكن حصرها في الصور التالية، التي تختلف من حيث طريقة الانشاء، آلية العمل، وقوة حمايتها للخصوصية والبيانات الموقع عليها.

1- التوقيع الخطي الرقمي

وهو الصورة الأكثر بساطة للتوقيع الالكتروني، وتتضمن هذه الطريقة التصوير الرقمي للتوقيع الخطي للشخص، ووضعه في ملف الكتروني[3]. غير أن هناك انتقادات عديدة قدمت لهذا النوع من التوقيع الالكتروني من أجل عدم اعتباره من صور التوقيع الالكتروني، وذلك نظرا لضعف مستوى الثقة في هذا النوع من التوقيع. بحث يكفي أن يكون لديك نموذجا من هذا التوقيع الخطي على الورق لتقوم بتصويره ثم نسخه وأخيرا تضعه أين شئت. ونظرا للخطورة الكبيرة لهذا النوع من التوقيع وسهولة تزويره، فإن هذا التوقيع لا يمكن اعتماده في اثبات الخدمات أو العمليات المصرفية والمالية الإلكترونية[4].

غير أن كل الوكالات البنكية في الجزائر تعتمد، من أجل مراقبة الامضاء الخطي على الشيك، تعتمد على هذه الطريقة عندما يتم تقديم الشيك للمخالصة بوكالة غير تلك التي يوجد بها نموذج الإمضاء الذي تم وضعه عند فتح الحساب البنكي، حيث يقوم البنك بتصوير نموذج الإمضاء هذا الكترونيا، وتسجيله في ملف الكتروني وإرساله إلى مختلف الوكالات على المستوى الوطني لمراقبة الامضاء على أساسه.

---

[1]- دليل الاشتراع لقانون التوقيعات الالكترونية 2001، الفقرة 31، ص 24. مرجع سابق.

[2]- المرجع نفسه، فقرة 34، ص 26.

[3]- FATIMA Zohra Boualich Bayssa, op.cit, p 183.

[4] - Ibid.

2- التوقيع البيومتري

التوقيع البيومتري أو التوقيع بالخواص الذاتية، حيث يتم انشاء هذا التوقيع بالاعتماد أحد الخواص الشخصية للموقع، وهذا النوع من التوقيع قائم على فكرة ان لكل شخص خواص ذاتية وثابتة تميزه عن غيره، منها بصمة الأصبع، الصوت، شبكية العين او شكل الوجه أو غيرها[1]. يمكن هذا التوقيع أن يكون بديلا عن كلمة السر، حيث يعتمد على التحليل الرياضي للخواص البيولوجية للشخص، بهدف التعرف على هويته بطريقة لا تقبل الشك. ورغم الثقة الكبيرة التي يتمتع بها هذا التوقيع الالكتروني في التوثيق، إلا أنه لا يستعمل كثرا في توثيق العلاقات التعاقدية بين الاطراف كما لا يستعمل في المعاملات البنكية والالكترونية[2]، انما يكثر استعماله في المعاملات الادارية.

3- البطاقة البنكية والرقم السري

تخزن البطاقات البنكية من خلال الشريحة الالكترونية المثبتة عليها، المعلومات المتعلقة بالبنك، بالحساب البنكي للزبون والرقم العام للبنك والرقم الخاص بالزبون. البطاقة البنكية محمية بموجب رقم سري يسلم لحاملها عند استلام البطاقة، يتكون من 04 أعداد[3]، يرمز له اختصارا بـ « PIN ». بحيث يجب ادخاله عند كل عملية استعمال لهذه البطاقة، حتى يتم التأكد من هوية صاحب البطاقة.

ولقد تم تعريف الرقم السري للبطاقة البنكية "PIN" من خلال عقد حامل بطاقة الدفع الالكتروني "الذهبية" على أنه: "أربعة رموز عددية متتالية تسمح بالتأكد من هوية حامل البطاقة "الذهبية" عند استعمالها على مستوى الشبابيك البنكية الآلية، أجهزة إدخال رقم التعريف الشخصي وأيضا بنهائيات الدفع الالكترونية".

ولقد تم الاعتراف القانوني بالإمضاء الالكتروني من طرف الغرفة المدنية لمحكمة النقص الفرنسية، مؤكدة أن الإمضاء يتكون من عنصرين، الرقم السري وتقديم البطاقة[4].

ويعتبر الرقم السري للبطاقات البنكية من أهم طرق الامضاء الالكتروني المستعملة في عمليات الدفع الالكتروني، وعند الدفع عن طريق المنصات يتم تزويد صاحب البطاقة برقم آخر للدفع عن طريق الانترنت (كلمة السر الخاصة بالدفع)، إضافة إلى الرقم السري المستعمل في الحالات العادية، وهي عبارة

---

[1]- يعني مصطلح "بيومترا" علم المقاييس الحيوية القائمة على الاجساد البشرية، حيث يتم تخزين العلامات الشخصية للفرد ومعالجتها معالجة آلية، وبفضل الوسائل التقنية المستخدمة فيها يمكن التعرف على هوية الاشخاص تلقائيا، ويمكن انشاء التوقيع الالكتروني بفضل هذه التقنية، حيث يكون للموقع السيطرة الكلية عليه. يمينة حوحو، مرجع سابق، ص 182.

[2] - FATIMA Zohra Boualich Bayssa, op.cit, p 185.

[3]- Code PIN: Personale Identification Number.

[4]- CA Montpellier, 1ère ch., 9 avril 1987, confirmé par la Cass. civ., 1ère ch., 8 nov. 1989, Sté Crédicas, Bull.civ, I, n° 342, Cité par FATIMA Zohra Boualich Bayssa, op cit, p 184.

عن مجموعة من الرموز المتتالية ذات الاستعمال الأوحد، يرسلها بريد الجزائر عن طريق رسالة نصية عبر الهاتف المحمول الشخصي لصاحب البطاقة، أو يسلمها البنك لصاحب البطاقة عن استلامه لها، وتسمح كلمة السر هذه بتأكيد هوية صاحب البطاقة أثناء إجراء هذا الأخير لعمليات الدفع و التسديد عبر شبكة الانترنت[1]. ومن أجل تأكيد الأمان عند استعمال البطاقات البنكية في التجارة الالكترونية والدفع الالكتروني عن بعد، تم تزويد البطاقة البنكية برمز التحقق من قيمة البطاقة "cvv2"ويتمثل في الأرقام الثلاثة الأخيرة من الكتابة المشفرة الظاهرة على الجهة الخلية للبطاقة، وهو الرمز المستعمل للتأكد من هوية صاحب البطاقة لإجراء عملية الدفع عن بعد الكترونيا[2].

ولقد نصت الفقرة الأخيرة من المادة 3 من العقد النموذجي المبرم بين البنك وحامل بطاقة الدفع البيبنكية "CIB"على أن تشكيل الرقم السري على مستوى الموزعات الآلية للأوراق المالية والشبابيك الأوتوماتيكية للبنوك ونهائيات الدفع الالكترونية، يعادل الإمضاء، ويتضمن الاعتراف بالعملية التي قام بها حامل البطاقة البنكية بواسطة هذه الأخيرة".

والملاحظ أن هذه الصورة من صور التوقيع الالكتروني تتميز بالبساطة وفي الوقت نفسه بكثير من الأمان والثقة لدى العميل الذي تمت لحسابه، فضلا عن وجود ضمانة أخرى في حالة فقدان البطاقة أو سرقتها، حيث يتوجب على صاحب البطاقة إعلام البنك فورا لوضعها في قائمة المعارضة وبالتالي لا يمكن استعمالها من طرف الغير. حيث نصت الفقرة الأولى من المادة 11 من عقد حامل بطاقة الدفع البيبنكية على: "على حامل البطاقة و/أو صاحب الحساب التصريح فورا بضياع أو سرقة البطاقة. هذا التصريح من أجل توقيف البطاقة، يوجه لمركز النداء المفتوح سبعة أيام في الأسبوع وذلك بالنداء لأحد الأرقام الهاتفية المستعملة لهذا الغرض".

بقي أن نشير إلى أن هذا النوع من التوقيع الالكتروني يمكن من خلاله إثبات بعض العمليات المصرفية وخاصة عمليات الدفع والسحب و تحويل الأموال، ولا يمكن إلحاقه بأي مستند أو محرر أو رسالة الكترونية، أي لا يمكن من خلاله إثبات العقود البنكية الالكترونية، أي أنه لا يصلح كدليل كتابي مطلق مهيأ للإثبات على المحررات[3].

4- التوقيع الرقمي

يعد التوقيع الرقمي الالكتروني من أهم أنواع التوقيع الالكتروني والأكثر انتشارا في مجال التجارة الالكترونية، وبقية المعاملات الالكترونية الإدارية. وهو توقيع يعتمد على استعمال أرقام ورموز سرية من

---

[1]- حسب التعريف الوارد بعقد بطاقة الدفع الالكتروني "الذهبية" على موقع بريد الجزائر: www.algerieposte.dz

[2]- المرجع نفسه.

[3]- حواف عبد الصمد، مرجع سابق، ص 504.

قبل المستخدم من خلال الحاسب الآلي باستعمال علم التشفير القائم أساسا على المفتاح العام والمفتاح الخاص، قصد تضمين سرية البيانات والمعطيات وسلامتها وتحديد مصدر مرسلها. ولقد كان علم التشفير خاصا بالمجال العسكري والأمني، ثم تطورت ضرورة استعماله في المعاملات الالكترونية، كما ذكرنا ذلك سابقا، خصوصا في التجارة الالكترونية وفي الدفع الالكتروني، لتأمينها من أخطار القرصنة و التزوير والسرقة عبر شبكة الانترنت. مما استدعى تنظيم هذا النوع من التوقيع الالكتروني من طرف مختلف النظم القانونية وهو ما تم تنظيمه من طرف المشرع الجزائري بموجب قانون التوقيع والتصديق الالكترونيين.

ولقد عرف القانون 04/15 مفتاح التشفير الخاص على أنه: "عبارة عن سلسلة من الاعداد يحوزها حصريا الموقع فقط ، و تستخدم لإنشاء التوقيع الالكتروني، ويرتبط هذا المفتاح بمفتاح تشفير عمومي". كما عرف ذات القانون مفتاح التشفير العمومي على أنه: "عبارة عن سلسلة من الاعداد تكون موضوعة في متناول الجمهور، بهدف تمكينهم من التحقق من الامضاء الالكتروني، و تدرج في شهادة التصديق الالكتروني".

ونظرا لتنظيم المشرع الجزائري لهذا النوع من التوقيع، نفصله لاحقا عند الحديث عن حجية التوقيع الالكتروني.

من خلال عرض مجمل صور التوقيع الالكتروني التي يمكن استعمالها من طرف البنوك في الخدمات المصرفية الالكترونية، يمكن التأكيد على أن هذا التنوع من شأنه أن يجعل القائمين على تسيير البنك أمام خيارات متنوعة لحماية وتأمين مختلف المعلومات والمعطيات والملفات الخاصة بالبنك والزبائن العاملين على شبكة الانترنت. كما أن هذا التنوع من شأنه أن يعزز الثقة بين البنوك والمستفيدين من الخدمات البنكية الكترونيا[1]. وتؤدي بالتالي غلى تطور وانتشار الصيرفة الالكترونية في الدول التي مازالت العملية فيها في بدايتها، على غرار الجزائر.

ثانيا- حجية التوقيع الالكتروني في اثبات عقود العمليات المصرفية الالكترونية

لإعطاء التوقيع الالكتروني نفس حجية التوقيع العادي، وجب أن تتوفر في التوقيع الالكتروني بعض الشروط التي حددها القانون، كما يجب أن يعترف القانون ذاته بهذا التوقيع. وعليه نتناول الحديث عن حجية التوقيع الالكتروني في إثبات العمليات المصرفية الالكترونية من خلال الحديث عن الصلة بين التوقيع الالكتروني وعقود العمليات المصرفية الإلكترونية، ثم مبدأ المماثلة وعدم التمييز اتجاه التوقيع الالكتروني ثم اعتراف كلا من المشرع الجزائري و الفرنسي بهذا التوقيع.

---

[1]- علاء الدين التميمي، مرجع سابق، ص 662.

أ- التوقيع الالكتروني وعقود العمليات المصرفية الالكترونية

نظرا لعدم ورود إشارة للخدمات البنكية أو تعريف خاص للتوقيع الالكتروني وإمكانية استعماله في القطاع المصرفي، من ضمن التعاريف التي جاءت في التوقيع الالكتروني واقتصار معظم التعاريف على التجارة الالكترونية، سواء في القانون الجزائري أو في القانون المقارن، يمكن التساؤل عن مدى انطباق التوقيع الالكتروني على العلميات المصرفية، أو ما مدى قانونية ادراج النصوص الخاصة بالتوقيع الالكتروني على القطاع المصرفي؟

نصت المادة الأولى من قانون الأونسيترال للتوقيعات النموذجية لسنة 2001، وتحت عنوان نطاق الانطباق على: "يطبق هذا القانون حيث ما تستخدم توقيعات الكترونية في سياق انشطة تجارية، وهو لا يلغي أية قاعدة قانونية يكون القصد منها حماية المستهلكين".

من حيث المبدأ لا يوجد ما يمنع استعمال التوقيع الالكتروني في أي مجال يمكن أن يستخدم فيه[1]، إلا ما يتم استثناؤه بنص قانوني داخلي صريح. ومن جهة أخرى تم تفسير مصطلح تجاري الواردة في المادة السابقة، في الهامش تحت نص المادة، حيث جاء في هذا التفسير أنه: "يجب تفسير مصطلح تجاري تفسيرا واسعا بحيث يشمل المسائل الناشئة عن جميع العلاقات ذات الطابع التجاري، سواء كانت تعاقدية أم غير تعاقدية. ثم ذكر التفسير قائمة للمعاملات التجارية، على سبيل الذكر لا الحصر، وتظم هذه القائمة أي معاملة تجارية لتوريد أو تبادل البضائع أو الخدمات، اتفاق التوزيع، التمثيل التجاري أو الوكالة التجارية، العمولة، البيع الإيجاري، تشييد البنايات، الخدمات الاستشارية، الاعمال الهندسية، منح الرخص، الاستثمار، التمويل، الأعمال المصرفية، التأمين، اتفاق أو امتياز الاستغلال، المشاريع المشتركة وغيرها من اشكال التعاون الصناعي أو الأعمال، نقل البضائع أو الركاب جوا أو برا أو بحرا أو بالسكك الحديدية أو الطرق البرية[2].

وعليه، ومادام قانون التوقيع والتصديق الالكترونيين 15-04 لم يستثن أي قطاع تجاري من مجال تطبيقه، وعملا بعموم لفظ المادة 06 منه التي تنص على: "يستعمل التوقيع الالكتروني لتوثيق

---

[1]- يطبق القانون النموذجي للتوقيعات الالكترونية على جميع أنواع رسائل البيانات التي تمهر بتوقيع الكتروني ذي دلالة قانونية، ولا يوجد في القانون النموذجي ما يمنع أية دولة من توسيع نطاق انطباق القانون النموذجي ليشمل استخدام التوقيعات الالكترونية خارج المجال التجاري. فمثلا في حين أن تركيز القانون النموذجي لا ينصب على العلاقات بين مستعملي التوقيعات الالكترونية والسلطات العمومية، فإن القانون النموذجي ليس مقصودا به أن يكون غير قابل التطبيق على تلك العلاقات. دليل الاشتراع للقانون النموذجي، فقرة 79، ص49. مرجع سابق.

ولقد نصت المادة 04-أ من قانون المعاملات الالكترونية الاردني رقم 154 لسنة 2015، على: "يجوز لأية وزارة أو مؤسسة رسمية عامة أو مؤسسة عامة أو بلدية إجراء معاملاتها باستخدام الوسائل الإلكترونية شريطة توافر متطلبات التعامل الالكتروني الواردة في هذا القانون والأنظمة و التعليمات الصادرة بموجبه".

من جهته القانون 15-03 المتعلق بعصرنة العدالة، و الذي صدر في نفس تاريخ صدور قانون التوقيع والتصديق الالكترونيين، أي 01 فيفري 2015، أدرج استعمال التوقيع و التصديق الالكترونين في الوثائق القضائية، وفي هذا الاطار نصت المادة 04 منه على: "يمكن أن تمهر الوثائق والمحررات القضائية التي تسلمها مصالح وادارة العدل والمؤسسات التابعة لها والجهات القضائية، بتوقيع الكتروني تكون صلته بالمحرر الاصلي مضمونة بواسطة وسيلة تحقق موثوقة".

[2]- هامش رقم 2، للقانون النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية للجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال)، سنة 2001، ص 1.

هوية الموقع واثبات قبوله مضمون الكتابة في الشكل الالكتروني"، فإنه يمكن تطبيق قانون التوقيع الالكتروني على قطاع البنوك والاعمال المصرفية في الجزائر سواء في اثبات العقود المصرفية الالكترونية أو في اثبات قيام العميل أو البنك بإحدى العمليات أو الخدمات المصرفية الكترونيا.

ب- مبدأ المعاملة المتكافئة لتكنولوجيا التوقيع

جاءت بهذا المبدأ المادة 03 من قانون الأونسيترال النموذجي للتوقيعات الالكترونية لسنة 2001، والذي مفاده أنه لا ينبغي التمييز ضد أية طريقة أو تقنية للتوقيع الالكتروني. أي أن تنال جميع الطرق التكنولوجية، الموجودة حاليا أو التي يمكن أن توجد، نفس الفرصة لاستيفاء شروط انشاء التوقيع الالكتروني[1]. بمعنى أن أية طريقة تكنولوجية يتم انشاء التوقيع الالكتروني بها وتستجيب لشروط انشائه تكون مقبولة. ونتيجة لذلك لا يجب أن يكون هناك اختلاف في المعاملة بين الرسائل الموقعة الكترونيا والمستندات الورقية التي تحمل توقيعا خطيا، أو بين مختلف أنواع الرسائل الموقعة الكترونيا باستعمال طرقا تكنولوجية مختلفة.

وهذا المبدأ يشبه تماما مبدأ الحياد ازاء التكنولوجيا، الذي بيناه عند الحديث عن حجية المحرر الالكتروني في الاثبات. والفكرة العامة من المبدئين اللذين جاءت بهما لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي، أن العبرة بمحتوى المستند وليس بحامله، أو أن العبرة بالإمضاء وليس بطريقة انشائه.

ج- اعتراف المشرع الجزائري بالتوقيع الالكتروني

اعترف المشرع الجزائري، على غرار معظم التشريعات العربية[2]بالتوقيع الالكتروني من خلال تعديل القانون المدني سنة 2005. حيث نصت المادة 327 فقرة أخيرة على: "ويعتد بالتوقيع الالكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر1 أعلاه". وبالعودة إلى نص المادة 323 مكرر1 نجدها حددت شروط المماثلة بين الكتابة في الشكل الالكتروني والكتابة في الشكل الورقي، وهي امكانية التأكد من هوية الشخص الموقع، وأن يكون التوقيع محفوظ في ظروف تضمن سلامته.

وبصدور القانون 15-04 أكد المشرع الجزائري اعترافه بحجية التوقيع الالكتروني وأكد مبدأ المماثلة وعدم التمييز اتجاه التوقيع الالكتروني. حيث نصت المادة 08 منه على: "يعتبر التوقيع الالكتروني الموصوف وحده مماثلا للتوقيع المكتوب، سواء كان لشخص طبيعي أو معنوي". لكنه مع هذا

[1]- دليل الاشتراع لقانون التوقيعات الإلكترونية لسنة 2001، مرجع سابق، فقرة 107، ص 58.
[2]- يعد موقف المشرع المصري الأكثر وضوحا في الاعتراف بحجية التوقيع الالكتروني في الاثبات، حيث نصت المادة 14 من القانون رقم 15 لسنة 2004، على: "للتوقيع الالكتروني في نطاق المعاملات المدنية و التجارية والإدارية ذات الحجية المقررة للتوقيعات في أحكام قانون الاثبات في المواد المدنية و التجارية، إذا رعي في إنشائه واتمامه الشروط المنصوص عليها في هذا القانون والضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون".

لم ينف الحجية مطلقا على التوقيع العادي، أو لم يلغ أثره القانوني[1]، ولهذا جاء مباشرة في نص المادة 09 من القانون نفسه: "بغض النظر عن أحكام المادة 08 أعلاه، لا يمكن تجريد التوقيع الالكتروني من فعاليته القانونية أو رفضه كدليل أمام القضاء بسبب؛ شكله الالكتروني، أو أنه لا يعتمد على شهادة توثيق موصوفة، أو أنه لم يتم انشاؤه بواسطة آلية مؤمنة لإنشاء التوقيع الالكتروني". وهي نفس الصياغة التي جاءت في المادة 5 فقرة 01 التوجيه الأوروبي 93/1999.

رغم الاعتراف بمبدأ الحياد ازاء التكنولوجيا، الذي جاء به قانون التوقيعات الالكترونية للأونسيترال لسنة 2001، والذي ينص على الاعتراف القانوني بالتوقيعات الالكترونية دون اعتبار للتكنلوجية المستخدمة فيها، وذلك بالنظر إلى سرعة الابتكار والتطور التكنولوجي[2]. إلا أن المشرع الجزائري من خلال القانون 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الالكترونيين سار على نفس الخيار الذي تبنته كل التشريعات المقارنة، بتنظيم التوقيع الرقمي القائم على المفتاح الخاص والمفتاح العام.

وباستقراء مختلف المواد التي فصلت شروط التوقيع الالكتروني الموصوف أو الآمن من خلال قانون التوقيع والتصديق الالكترونيين أو القانون المدني، أو حتى المرسوم التنفيذي 07-162، يمكن اجمال شروطه في ما يلي:

1- أن ينشأ التوقيع على أساس شهادة تصديق الكتروني موصوفة

جاءت بهذا الشرط الفقرة الأولى من المادة 07 من القانون 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الالكترونيين، ولقد عرف ذات القانون شهادة التصديق الالكتروني على أنها: "وثيقة في شكل الكتروني تثبت الصلة بين بيانات التحقق من التوقيع الالكتروني والموقع"[3].ولقد فصلت المادة 15 من نفس القانون في متطلبات وشروط شهادة التصديق الالكتروني الموصوفة، نفصلها عند الحديث عن التصديق الالكتروني، كمرحلة من مراحل اعداد التوقيع الالكتروني الموصوف المعد للإثبات.

2- أن يرتبط التوقيع الالكتروني بالموقع دون سواه وأن يمكن من تحديد هوية الموقع

التوقيع علامة خطية وشخصية، بمعنى أن التوقيع يعبر عن شخص صاحبه، لذلك ففي التوقيع التقليدي لابد أن يكون باسم الموقع وليس وكيله. فضلا عن أن هذا التوقيع يحدد شخصية صاحبه[4]، وحتى يقوم التوقيع بوظيفته في الاثبات لمضمون المحرر، يلزم أن يكون التوقيع دالا على شخصية صاحبه ومميزا له عن غيره. فإذا لم يكن التوقيع كاشفا لصاحبه محددا لذاتيته فلا يعتد به وبالتالي لا يؤدي دوره في اثبات

[1]- حفيظة كراع، مرجع سابق، ص 719.
[2]- الفقرة 82، دليل الاشتراع لقانون الأونسيترال بشأن التوقيعات الالكترونية لسنة 2001،مرجع سابق، ص 45.
[3]- المادة 02 فقرة 07 من القانون 15-04، السابق ذكره.
[4]- حواف عبد الصمد، مرجع سابق، ص511.

مضمون المحرر. ولقد جاءت بهذه الشروط الفقرة الثانية والثالثة من المادة 07 من القانون 04/15، وهما الشرط الأول والثاني من شروط التوقيع الالكتروني المتقدم الذي جاء به التوجيه الاوروبي 93/1999 للتوقيعات الالكترونية[1].وحتى يمكن اثبات الارتباط بين الموقع والتوقيع، واثبات تحديد هوية الموقع، لابد أن يكون هذا التوقيع مؤمنا وموثقا وفق اجراءات التصديق الالكتروني المفصلة في القانون 04/15، كما يجب أن تكون آليات انشاء التوقيع الالكتروني الموصوف مؤمنة[2].

3- أن يكون التوقيع مصمما بواسطة آلية مؤمنة خاصة بإنشاء التوقيع الالكتروني

هذا الشرط حددته المادة 7 فقرة 04 من القانون 15-04، ولقد عرف القانون آلية إنشاء التوقيع الالكتروني على أنها: "جهاز أو برنامج معلوماتي معد لتطبيق بيانات انشاء التوقيع الالكتروني"[3]. كما حددت المادة 11 من القانون متطلبات وشروط الآلية المؤمنة لإنشاء التوقيع الالكتروني الموصوف، بحيث يجب أن لا تعدل البيانات محل التوقيع وأن لا تمنع أن تعرض هذه البيانات على الموقع قبل عملية التوقيع. كما أن الوسائل التقنية التي تتم بواسطتها هذه الآلية يجب أن تضمن:

أ/ ألا يمكن عمليا مصادفة البيانات المستخدمة لإنشاء التوقيع الالكتروني إلا مرة واحدة، وأن يتم ضمان سريتها بكل الوسائل التقنية المتوفرة وقت الاعتماد.

ب/ ألا يمكن إيجاد البيانات المستعملة لإنشاء التوقيع الالكتروني عن طريق الاستنساخ وأن يكون هذا التوقيع محميا من أي تزوير عن طريق الوسائل التقنية المتوفرة وقت الاعتماد.

ج/ أن تكون البيانات المستعملة لإنشاء التوقيع الالكتروني محمية بصفة موثوقة من طرف الموقع الشرعي من أي استعمال من قبل الآخرين.

4- أن يكون التوقيع منشأ بواسطة وسائل تكون تحت التصرف الحصري للموقع

هذا الشرط حددته المادة 7 فقرة 05 من القانون 15-04، ولقد تمت صياغته في ظل المرسوم التنفيذي 07-162 بصيغة: "يتم انشاؤه بوسائل يمكن أن يحتفظ بها الموقع تحت مراقبته الحصرية". كما أنه الشرط الثالث من شروط التوقيع الالكتروني المتقدم الذي جاء به التوجيه الاوروبي 93/1999 للتوقيعات

---

[1]- Art1- 2-2a : Etre liée uniquement au signataire.
b. permettre d’identifier le signataire.

[2]- نصت المادة 15 من قانون المعاملات الالكترونية الأردني رقم 15 لسنة 2015، على شروط التوقيع الإلكتروني المحمي: "يعتبر التوقيع الالكتروني محميا إدا توافرت فيه الشروط التالية مجتمعة؛ إذا انفرد به صاحب التوقيع لميزه عن غيره؛ إذا كان يحدد هوية صاحب التوقيع؛ إذا كان المفتاح الخاص خاضعا لسيطرة صاحب التوقيع في وقت اجراء التوقع؛ إذا ارتبط بالسجل الالكتروني بصورة لا تسمح بإجراء تعديل على ذلك السجل الالكتروني بعد توقيعه دون إحداث تغيير على ذلك التوقيع". كما نصت المادة 16 من نفس القانون على التوقيع الالكتروني الموثق، الذي يستجيب لشروط المادة السابقة، والذي يكون مرتبطا بشهادة توثيق الكتروني صادرة عن جهة توثيق معتمدة.

[3]- المادة 02 فقرة 04 من القانون 15-04، مرجع سابق.

الالكترونية[1]. ويستفاد من هذا الشرط أنه يجب أن يكون الموقع نفسه هو الذي قام بإنشاء التوقيع الالكتروني الخاص به، وأن يكون تحت سيطرته عن طريق هيئة التصديق الالكتروني، وذاك بأن يحوز هو فقط مفتاح التشفير الخاص، بينما يكون مفتاح التشفير العام في متناول الطرف المتعاقد معه عن بعد[2].

5- أن يكون مرتبطا بالبيانات الخاصة به ويمكن الكشف عن التغييرات اللاحقة بهذه البيانات

هذا هو الشرط الأخير من شروط التوقيع الالكتروني الموصوف المحددة بموجب المادة 07 من القانون 15-04، وهو أيضا الشرط الأخير من شروط التوقيع الالكتروني المتقدم الذي جاء به التوجيه الاوروبي 93/1999 للتوقيعات الالكترونية[3]. أن يكون وثيق الصلة بالمستند أو المحرر الالكتروني الموقع عليه، لا ينفك عنه، بحيث أن أي تغيير أو تعديل على المستند أو المحرر لاحقا أو أي تزوير له يمكن التعرف عليه. ويعتبر هذا الشرط جوهريا، لأن هدف التوقيع أولا وأخيرا هو إثبات صحة المستند أو المحرر. والمقصود بهذا الشرط أن يكون كلا من المحرر والتوقيع شيئا واحدا لا يتجزأ، و ذلك حتى يمنح المحرر قوته القانونية ويكون التوقيع دالا على رضا موقعه على مضمون المحرر. وإذا كان من عادة التوقيع التقليدي أن يكون في نهاية الكتابة، فأنه في التوقيع الالكتروني لا مانع من أن يكون ملحقا به، لكن وثيق الصلة به[4].

وإضافة إلى شروط ومتطلبات التوقيع الالكتروني الموصوف، ومتطلبات وشروط الآلية المؤمنة التي يتم انشاء التوقيع الالكتروني الموصوف بها، حدد القانون 15-04 شروط الألية الموثوقة التي يتم من خلالها التحقق من التوقيع الالكتروني الموصوف، وهي[5]:

- أن تتوافق البيانات المستعملة للتحقق من التوقيع الالكتروني مع البيانات المعروضة عند التحقق من التوقيع الالكتروني، أي توافق بيانات الرسالة مع بيانات الرسالة المشفرة بعد فك التشفير.
- أن يتم التحقق من التوقيع الالكتروني بصفة مؤكدة وأن تكون نتيجة هذا التحقق معروضة عرضا صحيحا؛

---

[1]- Art1 2-2-c : être créée par des moyens que le signataire puisse garder sous son contrôle exclusif.

[2]- حفيظ كراع، مرجع سابق، ص715.

[3]- Art1 2-2-d : être liée aux données auxquelles elle se rapporte de telle sorte que toute modification ultérieure des données soit détectable.

[4]- في حالة تعدد الأوراق في المحرر التقليدي، واقتصار الموقع على توقيع الورقة الأخيرة منه، فإن تحديد ما إذا كان التوقيع ينسحب على جميع أوراق المحرر من عدمه مسألة يرجع فيها إلى قاضي الموضوع، فإذا وجد بين أوراق المحرر ترابط مادي وفكري يجعل منه محررا واحدا، فلا يشترط توقيع كل ورقة منه، بل يصح توقيعه مرة واحدة في ذيل الورقة الأخيرة، أما اذا استخلصت المحكمة انتفاء الدليل على اتصال الاوراق التي لم يوقع في ذيلها فلا يعتد به. حواف عبد الصمد، مرجع سابق، ص 512.

[5]- المادة 12 و13 من القانون 15-04، مرجع سابق.

- أن يكون مضمون البيانات الموقعة، إذا اقتضى الأمر، محددا بصفة مؤكدة عند التحقق من التوقيع الالكتروني؛
- أن يتم التأكد بصفة مؤكدة من موثوقية وصلاحية شهادة التصديق الالكتروني المطلوبة عند التحقق من التوقيع الالكتروني؛
- وأن يتم عرض نتيجة التحقق وهوية الموقع بطريقة واضحة وصحيحة.

الفرع الثاني

التصديق الالكتروني لتوثيق عقود العمليات المصرفية الالكترونية

تتم التبادلات على شبكة الأنترنت من خلال شبكة مفتوحة لا تحتوي على أي وجود مادي، لذا لا يمكن التأكد من هوية الطرف الآخر أو الأشخاص الذين نتواصل معهم، أو نتعاقد معهم. فالعالم الافتراضي يعرضنا لكثير من المخاطر مثل انتحال الشخصية أو سرقة الهوية أو اعتراض الغير على الرسائل والبيانات الإلكترونية، أو سرقتها أو تحويلها، أو عدم الاعتراف بالتعاقد أو البيع أو التبادل الذي تم عن بعد، وغيرها من طرق الغش والاحتيال التي يمكن أن تحدث على الشبكة العنكبوتية. وتزداد عملية الاحتيال وتعظم قيمة الغش كلما كانت العملية موضوع التعاقد على علاقة مباشرة بدفع الأموال أو تحويلها أو سحبها بين البنوك أو الأفراد باستعمال مختلف الخدمات والعمليات المصرفية الالكترونية.

لذا كان من الضروري التفكير في وضع أجهزة وآليات أمنية تضمن وصول رسالة البيانات الالكترونية من المرسل الى المستقبل كما هي، من غير تحريف ولا تعديل. كما كان من الضروري التفكير في إيجاد طرف ثالث محل ثقة بين المرسل والمستقبل أو بين المتعاقدين، يعول كل منهما عليه في ضمان وسلامة وصول الرسالة الالكترونية كما هي.

لهذه الاسباب ولغيرها جاءت عملية التوثيق أو التصديق الالكتروني على الامضاء الالكتروني وعلى رسائل البيانات. وظهرت طرقا عديدة ووسائل تقنية كثيرة للقيام بهذه المهمة. وانتشرت تقنية التوثيق الالكتروني في مجال التجارة الالكترونية عموما وفي المجال المالي والمصرفي خصوصا. وكان لزاما على القانون أن ينظم هذه العملية الهامة، وأن يؤطرها ويحدد واجبات ومسؤولية القائمين بها، الذين يسمون عادة سلطات التوثيق أو التصديق الالكتروني. وفي بعض الدول الامريكية مثل كندا تقوم البنوك وغرف المقاصة بعملية التصديق، وتعتبر هذه العملية احدى العمليات المصرفية التي تختص بها البنوك.

ولقد تم تنظيم التصديق الالكتروني في الجزائر من خلال قانون التوقيع والتصديق الالكترونيين 15-04. كما تم تنظيمه من طرف معظم الدول التي اعترفت بالكتابة الإلكترونية ونظمت التوقيع الإلكتروني. في مصر تم تنظيمه بواسطة قانون التوقيع وإنشاء هيئة تنمية صناعة التكنولوجيا. بينما نظمه الاتحاد الأوربي بموجب التوجيه رقم 93/1999، السابق ذكره، كما تم تنظيمه من طرف اللجنة الدولية للقانون التجاري الدولي من خلال قانون الأونسيترال النموذجي الصادر سنة 2001، السابق ذكره

أيضا. نتناول دراسة التصديق الالكتروني على عقود العمليات المصرفية الالكترونية من خلال التطرق لمفهوم التصديق الالكتروني أولا، ثم سلطات التصديق الإلكتروني، ثانيا، ثم نتناول شهادة التصديق الالكتروني، ثالثا.

أولا- مفهوم التصديق الالكتروني ودور البنوك فيه

نتناول في ما يلي مفهوم التصديق الالكتروني ودور البنوك والمؤسسات المالية في عملية إنشائه.

أ- مفهوم التصديق الالكتروني

لم يعرف المشرع الجزائري التصديق الالكتروني واكتفى قانون التوقيع والتصديق الإلكترونيين بتعريف شهادة التصديق على أنها: "وثيقة في شكل الكتروني تثبت الصلة بين بيانات التحقق من التوقيع الالكتروني والموقع"[1] .ومن جهته قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية لم يعرف التصديق الإلكتروني واكتفى أيضا بتعريف مقدم خدمات التصديق، بعد تعريف شهادة التصديق على أنه: "شخص يصدر الشهادات ويجوز أن يقدم خدمات أخرى ذات صلة بالتوقيعات الإلكترونية"[2]. وهو نفس النهج الذي سلكه التوجيه الأوروبي 93/1999 المتعلق بالتوقيع الالكتروني، الذى اكتفى بتعريف شهادة التصديق وكذا مقدم خدمات التصديق[3].

غير أن مصطلح "التصديق" في اللغة العربية وفي القطاع المالي والمصرفي الالكتروني، كما في قطاع التجارة الالكترونية، يأتي بمعنيين، يجب التمييز بينهما:

تصديق بمعنى Certification، الذي تقوم به هيئات وسلطات التصديق الذي تعتمدها الدولة والذي يهدف إلى إيجاد الرابطة بين التوقيع و الموقع ومن ثم إصدار شهادات التصديق وغيرها من المهام.

وتصديق بمعنى توثيق أي Authentification، والذي تقوم به البنوك والمؤسسات المالية من أجل التأكد من هوية المتعاملين معها، قبل تنفيذ مختلف العمليات المصرفية الالكترونية التي تُؤمر بها. وهذا هو المعنى الوارد بعقد حامل بطاقة الدفع الإلكتروني "الذهبية"، عندما عرف التصديق على أنه: "العملية التي تسمح بالتأكد من مدى صحة ومطابقة البيانات الخاصة ببطاقة الدفع الالكتروني"[4].

ولقد ظهر مصطلح "التصديق" أول مرة بالمفهوم الثاني، في العمليات المصرفية الالكترونية من طرف البنوك والمؤسسات المالية عند تعاملها مع زبائنها وضرورة التحقق من هويتهم من خلال استخدم

[1]- المادة 2 فقرة 7 من القانون 15-04، مرجع سابق.

[2]- المادة 2 فقرة (هـ) من القانون النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية لسنة 2001، مرجع سابق.

[3]- Article 2-9 et 11 du directive 2009/93/CE, portant un cadre communautaire pour les signatures électroniques, OP.ct.

[4]- الفقرة 01، من التعريفات الواردة بعقد حامل بطاقة الدفع الالكترونية "الذهبية".

البطاقات البنكية. ومن هنا تم الاتفاق بين البنوك ومختلف الأطراف ذات العلاقة على استعمال أرقام التعريف الشخصية، ومنها الرقم السري (**PIN**) للتأكد من هوية العميل.

ولقد عرف عقد حامل بطاقة الدفع الالكتروني "الذهبية" لبريد الجزائر، الرمز السري (**PIN**) على أنه[1]: "عبارة عن أربعة رموز عددية متتالية تسمح بالتأكد من هوية حامل البطاقة الذهبية عند استعمالها على مستوى الشبابيك البنكية الآلية، أجهزة إدخال رقم التعريف الشخصي لدى مكاتب البريد وأيضا نهائيات الدفع الالكتروني". غير أنه بتطور البطاقات البنكية الالكترونية، وانتشار استعمالها في عمليات الدفع في عمليات التجارة الالكترونية عن بعد، ظهرت الحاجة إلى مزيدا من التصديق أو التوثيق، والتأكد مرة أخرى من هوية صاحب البطاقة. وظهر رمز آخر يسمى رمز التحقق من قيمة البطاقة (**CVV2**) ويتمثل في "الأرقام الثلاثة الأخيرة من الكتابة المشفرة الظاهرة على الجهة الخلفية للبطاقة، وهو الرمز المستعمل للتأكد من هوية صاحب البطاقة لإجراء عملية الدفع عن بعد، الكترونيا"[2].

ونظرا للانتشار الكبير للجرائم الالكترونية الناتجة عن الاحتيال والغش باستعمال وسائل الدفع الالكترونية، تسعى الشركات الكبرى المصدرة للبطاقات البنكية الالكترونية، إلى البحث عن أحسن السبل وأفضل الطرق للوصل إلى أحسن حماية لمختلف العمليات والخدمات المصرفية المقدمة بطريقة الكترونية من جهة، وكذا توفير أفضل حماية وتأمين لوسائل الدفع الالكترونية. وعلى اعتبار أن المخاطر الأمنية من أهم المخاطر التي تتهدد النشاط المصرفي الالكتروني وخاصة العمليات المصرفية الالكترونية ووسائل الدفع الالكتروني، كما ذكرنا ذلك سابقا، يتوجب على البنوك والمؤسسات المالية توفير مختلف مخططات الحماية وخطط الطوارئ للوقاية من مختلف هذه الجرائم. كما يتوجب على المشرع العمل على إصدار مختلف القوانين التي توفر الحماية القانونية للقيام بالعمليات المصرفية الالكترونية وتجريم هذه الأعمال غير المشروعة، ومن ثم تقيم المسؤولية الجزائية على مختلف هذه الأعمال الإجرامية. سنفصل هذا عند الحديث عن المسؤولية عن الاستعمال غير المشروع للعمليات المصرفية الالكترونية ووسائل الدفع الالكترونية.

ب– دور البنوك والمؤسسات المالية في عملية التصديق الالكتروني

لا يتوقف دور البنوك والمؤسسات المالية في عملية التصديق الالكتروني، على الاستفادة من خدمات مختلف الهيئات والسلطات التي تقوم بهذه العملية من أجل التأكد من هوية مختلف العملاء المتعاملين مع البنك، بل تقوم البنوك هي نفسها في بعض الدول بعملية التصديق لزبائنها أو حتى لأشخاص آخرين.

[1]- القفرة 03، من التعريفات الواردة بعقد حامل بطاقة الدفع الالكترونية "الذهبية".
[2]- المرجع نفسه، فقرة 6.

فقد سمح القانون المقارن في بعض الدول الغربية للبنوك باستعمال مصالح التصديق من أجل تدعيم ثقة المتعاملين معها. ورغم أن بداية عملية التصديق بهذا المفهوم كانت من نصيب هيئات[1] ومؤسسات مستقلة، أو كما يسميها البعض الطرف الثالث، من أجل الحصول على ثقة الجمهور لصالح هذه التقنيات الجديدة، أما الآن فيمكن لهيئات وسلطات التصديق أن تكون تحت سلطة البنوك. وابتداء من سنة 1997 سمح القانون الكندي للبنوك وغرف المقاصة بالقيام بعمليات التصديق[2]، ويعتبر ذات القانون عمليات التصديق من ضمن العمليات المصرفية. غير أن غرف المقاصة تكون لها الافضلية بالنسبة للبنوك وذلك بسبب الاستقلال التام عن الطرفين، أي الاستقلال عن البنك والعميل، أو عن مرسل الرسالة وعن مستقبلها.

وفي فرنسا كان البنك الفرنسي أول بنك مركزي تم الاعتراف به كمقدم لخدمات التصديق الالكتروني وفقا للمعيار الأوروبي «ETSI/TS456»» وفقا للقرار المؤرخ في 26 جويلية 2004، المحدد لشروط قبول الإمضاء الالكتروني. وبعده أصبحت كثير من البنوك الفرنسية تقترح لزبائنها منحهم شهادة التصديق الالكتروني المعتمدة من طرف وزارة الاقتصاد والمالية والصناعة[3].

أما في الجزائر فلم يتم حتى الساعة معرفة أن كانت هناك بنوك عمومية أو خاصة تقوم بعمليات التصديق الالكتروني، ويبدو أن تنصيب سلطات التصديق الالكتروني في الجزائر لم يتم بعد.

ثانيا- سلطات الصديق الالكتروني

جهات التوثيق أو الصديق الالكتروني[4]، الطرف الثالث في العلاقة بين طرفين على شبكة الانترنت، قد تكون شخصا طبيعيا أو معنويا عاما أو خاصا تصدر الشهادات ذات الصلة بالتوقيع الالكتروني، ويجوز أن تقدم خدمات اخرى ذات صلة بالتوقيعات الالكترونية[5]. وقد اختلفت التسميات التي اطلقت على جهة التوثيق هذه، وذلك باختلاف النظم القانونية، فقد سماها قانون الأونسيترال لسنة 2001 "مقدم خدمات التصديق"، وسماها التوجيه الأوروبي 93/1999 ايضا "مقدمي خدمات التصديق"، بينما سماها المشرع الفرنسي "المكلف بخدمة التوثيق الالكتروني" وسماها المشرع التونسي "مقدم خدمة

[1]- Fatima Zahra Bayssa Boulaich, opcit, p278.

[2]- Marc LACOURSIERE, « **la responsabilité bancaire à l'ère du commerce électronique : impacte des autorités de certifications »**, les cahiers de droit, volume 42, N° 1 , 2001. P 968.

[3] من هذه البنوك، نذكر:

Le Crédit Agricole, le Crédit mutuel, la BNP Paribas.

[4]- هناك من فرق بين التوثيق و التصديق الالكترونيين، فاعتبر أن الأول عبارة عن منظومة خاصة مستقلة محايدة تقوم بدور الوسيط لتوثيق المعاملات بين طرفين متعاقدين، وذلك بإصدار شهادة الكترونية، أما الثاني فيتم بعد استخراج الشهادة، ويقوم بفحص مصداقيتها. بلقاسم حمدي، مرجع سابق، ص 242.

[5]- المادة 02 فقرة هـ، قانون الأونسيترال النموذجي للتوقيعات الالكترونية، مرجع سابق.

التصديق الالكتروني" وسماها المشرع الأردني "جهة التوثيق الالكتروني"، بينما سماها المشرع الجزائري "مؤدي خدمات التصديق الالكتروني"، وسماها ايضا "الطرف الثالث الموثق".

وعلى هذا يمكن تعريف سلطات التصديق الالكتروني على أنها أشخاص معنوية أو منظمات تقوم بالمهام المتعلقة بالتصديق على الوثائق والرسائل الالكترونية، وكذا التأكد من محتوى هذه الرسائل عندما تكون مرسلة من أطراف أخرى[1]. كما تقوم بتحديد زمان ومكان ارسال هذه الرسائل، وتقوم أيضا بضمان أمنها وسلامتها، والمحافظة على أصالتها من غير تغيير ولا تعديل. هذا بالإضافة إلي تقديم شهادات التصديق كمهمة أساسية لها.

غير أن وظيفة التصديق أو التوثيق الالكتروني في مجملها، في حقيقة الأمر، لا يقوم بها فقط مؤدو خدمات التصديق، فهذه الهيئات هي التي يكون لها اتصال مباشر مع الجمهور، حيث تقوم بمنحه شهادة التصديق الإلكتروني، لكن هنالك سلطات ثلاث أخرى على شكل هرمي أحدثها القانون 15-04 تشترك كلها في عملية التصديق الإلكتروني هي؛ السلطة الوطنية للتصديق الإلكتروني، والسلطة الحكومية للتصديق الالكتروني، والسلطة الاقتصادية للتصديق الالكتروني[2]. ونظرا لأهمية ودور مختلف هذه الهيئات والسلطات في عملية التصديق الالكتروني نفصلها في ما يلي، لكن قبل تفصيل هذه سلطات الواردة في القانون الجزائري، نشير إلى النماذج التنظيمية لهذه السلطات، كما ذكرتها سلطة ضبط البريد والاتصالات الالكترونية[3].

أ- النماذج التنظيمية لسلطات التصديق الالكترونية

هناك أربعة نماذج تنظيمية يمكن ان تنتظم فيها السلطات المكلفة بالتصديق الالكتروني وهي النموذج الهرمي، نموذج قائمة الثقة، النموذج الشبكي و نموذج الجسر.

1- النموذج الهرمي (سلطة الجذر)

في هذا النموذج، تقوم سلطة التصديق الجذر بالتصديق على السلطات التابعة لها مباشرة، وتعد هذه الأخيرة بدورها سلطات تصديق، وتشرف هي الأخرى على التابعين لها. هذه العملية تضمن العمل والتنسيق ما بين جميع سلطات التصديق الأخرى.

يعتبر هذا النموذج متطور وآمن حيث يوفر سيطرة كاملة على جميع سلطات التصديق، وهو يقدم مسار تصديق واحد وبسيط.

---

[1]- Marc LACOURSIERE, Op.cit, P 965.

[2]- يبدو أنه لم يتم تنصيب أية سلطة من هذه السلطات، رغم مرور أكثر من خمس (05) سنوات على صدور القانون بتاريخ 01 فيفري 2015.

[3]- موقع سلطة ضبط البريد و الاتصالات الالكترونية على الانترنت: http://www.arpce.dz.

2- نموذج قائمة الثقة

يقوم هذا النموذج على وجود قائمة للهيئات أو السلطات المرخص لها من طرف الحكومة بالقيام بعملية التصديق الالكتروني ومن ثم اصدار شهادة التصديق الالكتروني، حيث تضم هذه القائمة الهيئات المعترف بها في هذا المجال، مع مفاتيح التشفير العام لكل هيئة، ويقوم هذا النموذج على توضيح حدود وصلاحيات سلطات التصديق[1]، وهو لا ينضم هذه الهيئات مثل النموذج الهرمي، مما قد يؤدي إلى عدم وجود تنسيق بين هذه الهيئات، وربما عدم اعتراف بعضها بالبعض الآخر، مما يعيق عملية تنظيم التصديق الالكتروني ومن ثم محدودية صلاحية واستعمال شهادة التصديق الالكتروني.

3- النموذج الشبكي

يكون في هذا النموذج لجميع سلطات التصديق الإلكتروني نفس المستوى من التأمين، حيث تصادق كل سلطة على المفتاح العمومي للسلطة الأخرى، وهكذا فإن المستخدم الذي تصادق عليه سلطة تصديق، يمكنه بدوره التحقق من الشهادة الالكترونية لمستخدم آخر مصادق عليها من قبل سلطة تصديق أخرى بكل ثقة وأمان. يقدم هذا النموذج الاستقلالية الكاملة لسلطات التصديق الالكتروني، غير أنه يتطلب عمليات نشر وتسيير مرهقة ومكلفة[2].

كما أنه في هذا النظام من المتوقع أن يعترف النطاق (أ) بالنطاق (ب) ولكن النطاق (ب) ربما يتحفظ على بعض أجزاء النطاق (أ) أو لا يثق في بعض النطاقات المربوطة بهذا النطاق، مما يولد أزمة ثقة ويصعب إدارة المفاتيح. وأثناء التثبت من نطاق لآخر تتم مراجعة السياسات التأمينية، وعلى ضوئها يتم السماح بالمرور أو رفضه، وحيث أن هذه السياسات قد تكون مختلفة في بعض الآحيان مما يؤدي إلى فشل الحصول على المصادقة الالكترونية،[3] ومن ثم انقطاع الثقة وفشل استخدام شهادة التوقيع الالكترونية أو عدم صلاحيتها.

4- نموذج الجسر

يهدف هذا النموذج إلى تعويض أوجه القصور في النموذج الشبكي، حيث أنه يرمي إلى تكملة النموذج الشبكي عن طريق إيجاد سلطة جسر أو ربط، تلعب دور "سلطة التصديق-التقاطع المركزي" التي تهدف إلى إصدار الشهادات المتقاطعة.[4]

---

[1]- سلطة ضبط البريد والاتصالات الإلكترونية، مرجع سابق.
[2]- المرجع نفسه.
[3]- حواف عبد الصمد، مرجع سابق، ص566.
[4]- سلطة ضبط البريد و الاتصالات الالكترونية، مرجع سابق.

يمكن القول أن هذا النموذج يتضمن قائمة من الشهادات الالكترونية موضوعة على متصفح الانترنت، هذه الشهادات تكون عادة معتمدة من طرف الجهة التي توزع متصفح الانترنت، كما يمكن للمستقبل أن يمسح أو يضيف من جانبه عددا آخر من الشهادات الالكترونية[1].

ومهما يكن من أمر فإن كل هذه النماذج المعروضة للقيام بعملية التصديق الالكتروني تبين التعقيدات والصعوبات الكثيرة التي تمر بها عملية التوثيق الالكتروني، حتى تكون لشهادة التصديق الالكترونية مصداقية ويمكن استعمالها بأمان في القطاع المصرفي الالكتروني أو في التجارة الالكترونية عموما. ولتجاوز الاشكاليات المطروحة بين مختلف سلطات التصديق الالكترونية، خاصة عدم اعتراف بعضها بالبعض، نظرا لاختلاف سياسات التصديق، ومن ثم عدم الاعتراف بشهادة التصديق الالكتروني من طرف بعض سلطات التصديق، نظم المشرع الجزائري من خلال القانون 15-04 هذه السلطات تنظيما دقيقا وحدد صلاحية كل سلطة وعلاقتها بالسلطات الأخرى في ميدان التصديق الالكتروني، هذا ما سنفصله في ما يلي.

ب- سلطات التصديق الالكتروني في القانون الجزائري

انشأ قانون التوقيع والتصديق الالكتروني ثلاث سلطات عمومية ذات طابع إداري أو اقتصادي، على شكل هرمي، مكلفة بالسهر على تنظيم عملية التصديق الالكتروني، إضافة لمؤدي خدمات التصديق، الذين يمكن أن تكون أشخاصا عامة أو أشخاصا خاصة.

1- مؤدو خدمات التصديق

عرف المشرع الجزائري مؤدي خدمات التصديق الالكتروني من خلال القانون 15-04 على أنه: "شخص طبيعي أو معنوي يقوم بمنح شهادات تصديق الكتروني موصوفة، وقد يقدم خدمات أخرى في مجال التصديق الالكتروني". كما جاء نفس القانون بهيئة أخرى سماها "الطرف الثالث"، يمكن أن تقوم بمنح شهادات تصديق الكتروني موصوفة، لكن اشترط أن تكون شخصا معنويا، كما أعطاها امكانية تقديم خدمات أخرى لكن لفائدة المتدخلين في الفرع الحكومي، أي المؤسسات والادارات العمومية والهيئات العمومية والمؤسسات العمومية المستقلة وسلطات الضبط والمتدخلون في المبادلات بين البنوك[2].

إذن فالطرف الثالث يقوم بتقديم خدمات التصديق الالكتروني لفائدة المتدخلين في المبادلات ما بين البنوك، كهيئات ذات طابع اداري، بينما يقوم مؤدو خدمات التصديق الالكتروني الآخرين بتقديم

[1]- حواف عبد الصمد، مرجع سابق، ص 567.
[2]- المادة 2 فقرة 13 من القانون 15-04، مرجع سابق.

خدمات التصديق الالكتروني للبنوك، كمؤسسات ذات طابع تجاري وصناعي، أو لبقية المؤسسات التجارية العامة أو الخاصة أو للأشخاص الطبيعيين.

2- السلطة الوطنية للتصديق الالكتروني

هي عبارة عن سلطة ادارية مستقلة، تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، تسجل الاعتمادات المالية اللازمة لتسييرها ضمن ميزانية الدولة، وتنشأ لدى الوزير الأول[1]. تتشكل هذه السلطة من مجلس يتكون من 05 أعضاء، ومصالح تقنية وإدارية يسيرها مدير عام[2].

المهمة الأساسية لهذه السلطة هي العمل على ترقية استعمال التوقيع والتصديق الالكترونيين وتطويرهما وضمان موثوقية استعمالهما، وذلك من خلال إعداد سياستها للتصديق الالكتروني، واقتراح المشاريع التمهيدية للنصوص التنظيمية المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين. كما تقوم السلطة الوطنية للتصديق الالكتروني بالموافقة على سياسات التصديق للسلطتين الحكومية والاقتصادية للتصديق الإلكتروني، وتقوم ايضا بإبرام اتفاقيات الاعتراف المتبادل بشهادة التصديق الالكتروني على المستوى الدولي. في الجانب التقني تقوم السلطة الوطنية للتصديق الالكتروني بعمليات التدقيق على مستوى السلطتين الحكومية والاقتصادية للتصديق الالكتروني[3].

3- السلطة الحكومية للتصديق الالكتروني

هي عبارة عن هيئة حكومية تحت إشراف الوزير المكلف بتكنولوجيا الاعلام والاتصال، تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي[4].

وقد أحالت المادة 27 من القانون 15-04 على التنظيم مهمة تحديد الطبيعة القانونية لهذه السلطة وتشكيلها وتنظيمها وسيرها، غير أن التنظيم الموعود لم يصدر لحد الآن رغم مرور خمس سنوات على صدور القانون.

المهمة الاساسية للسلطة الحكومية للتصديق الالكتروني هي متابعة ومراقبة نشاط التصديق الالكتروني للطرف الثالث الموثق، الذي يقوم بمنح شهادة التصديق الالكتروني لفائدة التدخلين في الفرع الحكومي، وكذا توفير خدمات التصديق الاخرى لفائدة المتدخلين في الفرع الحكومي، التي تشمل

[1]- المادة 16 فقرة 01 من القانون 15-04، المرجع نفسه.
[2]- المادة 19 من القانون 15-04، المرجع نفسه.
[3]- المادة 18 من القانون 15-04، مرجع سابق.
[4]- المادة 26 من القانون 15-04، المرجع نفسه.

المؤسسات والادارات العمومية والهيئات العمومية والمؤسسات العمومية المستقلة وسلطات الضبط والمتدخلون في المبادلات بين البنوك[1].

كما تقوم السلطة الحكومية للتصديق الالكتروني أيضا بتنظيم ومراقبة عمل الطرف الثالث الموثق من خلال الموافقة على سياسته للتصديق الالكتروني، والقيام بعمليات التدقيق لأعماله عن طريق الهيئة الحكومية المكلفة بالتدقيق، والاحتفاظ بشهادات التصديق الالكتروني المنتهية صلاحياتها والبيانات المرتبطة بها، التي منحها الطرف الثالث الموثق.

4- السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني

هي عبارة عن هيئة اقتصادية تنشئها سلطة ضبط البريد والاتصالات الالكترونية[2]. المهمة الاساسية لهذه السلطة هي متابعة ومراقبة نشاط مؤدي خدمات التصديق الالكتروني للجمهور، من خلال السهر على وجود منافسة فعلية ونزيهة بينهم. كما تلعب السلطة الاقتصادية للتصديق الالكتروني دور المحكم في النزاعات المحتملة التي يمكن أن تنشأ بين مؤدي خدمات التصديق انفسهم أو بينهم وبين الجمهور[3].

تقوم هذه السلطة بإعداد دفتر الشروط الذي يحدد شروط وكيفيات تأدية خدمات التصديق الالكتروني وتعرضه على السلطة الوطنية للمصادقة عليه، كما تقوم بمنح تراخيص النشاط لمؤدي خدمات التصديق الالكتروني للجمهور، بعد موافقة السلطة الوطنية والموافقة على سياسة التصديق الصادرة عنهم، والسهر على تطبيقها. وتقوم أيضا بالاحتفاظ بشهادة التصديق الالكتروني المنتهية صلاحيتها والبيانات المرتبطة بها[4].

وتتخذ السلطة الاقتصادية للتصديق الالكتروني أيضا كل التدابير لضمان استمرار الخدمات في حالة عجز مؤدي الخدمات عن أداء مهامه، و ترسل كل المعلومات الضرورية إلى السلطة الوطنية دوريا، كما تقوم بإصدار التقارير الدورية والسنوية والاحصائيات المتعلقة بنشاطها[5].

ولقد أعطى قانون التوقيع والتصديق الالكترونيين السلطة الاقتصادية، سلطة تبليغ النيابة العامة بكل فعل ذي طابع جزائي، معاقب عليه بموجب هذا القانون، تكتشفه بمناسبة تأدية مهامها[6].

[1]- المادة 28 من القانون 15-04، المرجع نفسه.
[2]- المادة 29 من القانون 15-04، المرجع نفسه.
[3]- المادة 30 فقرة 10 من القانون 15-04.
[4]- المادة 30 من القانون 15-04
[5]- المادة 30 فقرة 6 و 14 "أ" من القانون 15-04.
[6]- المادة 30 فقرة 14 "ب" من القانون 15-04.

ورغم هذا التفصيل الكبير والتنظيم الدقيق لنشاط التصديق الالكتروني الذي جاء بـه القانون 15-04، من خلال تحديد مختلف السلطات المشرفة على العملية وتحديد مهام كل سلطة بدقة، إلا أنه فعليا لم يتم وضع هذا القانون حيز التنفيذ في أرض الواقع، حيث لم يتم إصدار مختلف المراسيم التنفيذية المفصلة للقانون، كما لم يتم تنصيب أيا من هذه السلطات على أرض الواقع، حيث اكتفت سلطة ضبط البريد والاتصالات الالكترونية، من خلال موقعها على الانترنت، إلى اعتبار موضوع التصديق الالكتروني من المشاريع الكبرى التي تعمل عليها. وبهذا يمكن القول أن ادج التوقيع الالكتروني في التجارة الالكترونية والعمليات المصرفية الالكترونية على مستوى البنوك الجزائرية، رغم أهميته الكبرى، مؤجل إلى أجل غير مسمى.

ج- التزامات سلطات التصديق الإلكتروني

لا يمكن لمؤدي خدمات التصديق الالكتروني مباشرة القيام بإصدار الشهادات إلا بعد استيفاء مجموعة من الشروط الشكلية والموضوعية نصت عليها كل التشريعات التي نظمت التوثيق الإلكتروني. ولقد خصص القانون 15-04 الفصل الثالث من الباب الثاني لتفصيل هذه الشروط، تحت عنوان النظام القانوني لتأدية خدمات التصديق الالكتروني.

من أهم الالتزامات القانونية التي جاء بها القانون الجزائري، نشير إلى أنه يجب على مقدم خدمات التصديق الالكتروني، إضافة إلى التأهيل والترخيص القانونيين، أن يكون خاضعا للقانون الجزائري بالنسبة للشخص المعنوي أو الجنسية الجزائرية بالنسبة للشخص الطبيعي، وأن لا يكون قد سبق الحكم عليه في جناية أو جنحة تتنافى مع نشاط تأدية خدمات التصديق الالكتروني[1].

لعل أهم شروط القيام بخدمات التصديق الالكتروني، المحدد بموجب القانون الجزائري هو ضرورة الحصول على ترخيص مزاولة النشاط، تمنحه السلطة الاقتصادية للتصديق الالكتروني، يكون صالحا لمدة خمس سنوات قابلة للتجديد، وقبل الحصول على هذا الترخيص يجب على من يرغب في مباشرة تأدية الخدمة الحصول شهادة تأهيل لمدة سنة قابلة للتجديد[2]، ولم يحدد القانون الجهة أو الهيئة التي تقوم بتأهيل مؤدي خدمات التصديق.

غير أن التوجيه الاوروبي 93/1999 لم يشترط أي ترخيص لمزاولة النشاط على مستوى دول الاتحاد الأوروبي[3].إلا أنه دعا دول الاتحاد إلى انشاء نظام مناسب لمراقبة مؤدي خدمات التصديق

---

[1]- حسب نص المادة 34 ، فقرة 1 و4 من القانون 15-04.

[2]- حسب نص المادتين 34 و35 من القانون 15-04.

[3] - Article 3-1 « les Etats membres ne soumettent la fourniture des services de certification à aucune autorisation préalable ».

الالكتروني للجمهور[1]. كما سمح للدول الاعضاء بإمكانية انشاء نظام تطوعي لاعتماد هذه الهيئات، يهدف إلى تطوير مستوى الخدمات في مجال التصديق الالكتروني. وأكد التوجيه على أن تكون معايير هذا النظام موضوعية، شفافة، متناسبة ومحايدة[2].

ونظرا لأهمية الالتزامات الملقاة على عاتق مؤدي خدمات التصديق الالكتروني في ضمان سلامة وصحة التوقيع الالكتروني، وحماية المعلومات الشخصية، ومن ثم مصداقية شهادة التوقيع الالكتروني وصلاحية استعمالها في المجال البنكي خصوصا أو في مجال التجارة الالكترونية عموما، نفصلها فيا ما يلي من خلال الشروط الواردة في القانون 15-04 والاوروبي 93/1999، ونقسمها الى التزامات متعلقة بالسلامة وكفاية الامكانيات، والتزامات متعلقة بحماية المعلومات الشخصية[3].

1- الالتزام بالسلامة وكفاية الامكانيات لتقديم الخدمة

الالتزام بتوفير الامكانيات المادية: أن يقدم من يرغب في تقديم الخدمة ضمانات كافية على توفره على الإمكانيات المادية والمالية والتقنية والبشرية التي تمكنه من تقديم خدمات التوثيق الالكتروني، وأن يتمتع بمؤهلات وخبرة ثابتة في ميدان تكنولوجيا الاعلام والاتصال للشخص الطبيعي أو للمسير بالنسبة للشخص المعنوي[4]، وأن يستخدم في أداء خدماته نظما وإجراءات جديرة بالثقة[5].

كما يلتزم مقدم الخدمات بالقيام بعمله وفقا لدفتر الشروط المرفق بالترخيص الممنوح له من طرف السلطة الاقتصادية، وعلاوة على ذلك يجب عليه أن يولي قدرا معقولا من العناية لضمان دقة واكتمال كل ما يقدمه من تأكيدات جوهرية ذات صلة بالشهادة طيلة مدة صلاحيتها[6].

ويلتزم أيضا مقدم خدمات التصديق بتوفير نظما وأجهزة ووسائل، يكون الوصول إليها متيسرا من طرف الطرف الثاني في العقد أو من الطرف المعول، و يجب أن تضمن هذه الوسائل والنظم للطرف الثاني تحديد هوية مقدم خدمات التصديق، وأن يتأكد أن الموقع المبينة هويته في الشهادة كان يتحكم في بيانات انشاء التوقيع وقت إصدار الشهادة، وأن هذه البيانات كانت صحيحة وقت إصدار الشهادة أو قبلها[7].

[1] - Article 3-3, du directive 1999/93.
[2]- Article 3-2, du directive 1999/93.

[3]- درار نسيمة، "**التوثيق الرقمي وسلطات المصادقة الالكترونية في القانون الجزائري 15-04**"، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد التاسع عشر، المجلد الثاني، مارس 2018، ص 858.
[4]- المادة 34، فقرة 2 و 3 من القانون 15-04، السابق ذكره.
[5]- المادة 9 فقرة "أ" من قانون الأونسيترال النموذجي لسنة 2001، مرجع سابق.
[6]- المادة 9 -1 فقرة "ب" من قانون الأونسيترال النموذجي لسنة 2001.
[7]- المادة 9 -1 فقرة "ج" من قانون الأونسيترال النموذجي لسنة 2001.

الالتزام بالسلامة: يقع على عاتق مقدم خدمات التصديق الالكتروني تقديم ضمانات كافية حتى يتمكن من ممارسة نشاطه، وبالتالي استعمال نظام معلوماتي آمن وموثوق به، وأن يقوم بحماية مفتاحه الخاص الذي يستعمله لتوقيع الشهادات الالكترونية المصادق عليها والصادرة عنه[1]. كما يلتزم مقدم الخدمات بتوفير قائمة التجهيزات والبرامج موافق عليها من طرف الجهة مانحة الترخيص، ويلتزم بتوفير نظام الصيانة للأجهزة، وتأميل الوسائل ضد كل المخاطر المحتمل وقوعها، ويجب أن يتمكن مقدم الخدمة أيضا من إيقاف مفعول الشهادة الالكترونية متى كان ذلك ضروريا.

2- الالتزامات التي تهدف إلى حماية المعلومات الشخصية

تشمل هذه الالتزامات الملقاة على عاتق سلطات التصديق الالكتروني، الالتزام بالإعلام، الالتزام بصحة المعلومات والتحقق من هوية الشخص الموقع، والالتزام بالسرية وحماية المعلومات ذات الطابع الشخصي.

-الالتزام بالإعلام

إن التوقيع والتصديق الالكترونيين والاجراءات التقنية المصاحبة لهما، تعد اجراءات معقدة وغامضة في بعض الاحيان، ولهاذا كان من الضروري الزام مؤدي خدمات التصديق الالكتروني بإعلام المتعاملين معهم بكل الخطوات والاجراءات والمعلومات التي من شأنهم العلم بها والمتعلقة اساسا بإنشاء التوقيع الالكتروني وبحدود استعمال شهادة التصديق الالكترون وصلاحيتها و كل ما يتعلق بذلك.

ويقع على عاتق مؤدي خدمات التصديق الالكترونية اعلام طالب شهادة التصديق الالكترونية، قبل التعاقد معه، بكيفيات وطرق استعمال الشهادة والحدود الموضوعة لها، وطرق الاحتجاج وحل النزاعات المحتملة، هذه المعلومات يمكن ارسالها بطريقة الالكترونية، ويجب أن تكون مكتوبة بلغة مفهومة من طرف المتعاقد أو المستهلك، كما يلتزم مؤدي خدمات التصديق ايضا بوضع المعلومات الاساسية عن الشهادة تحت تصرف الغير أو الطرف الثاني في العقد عند طلبها[2].

- الالتزام بصحة المعلومات والتحقق من هوية الشخص الموقع

يلتزم مؤدي خدمات التصديق بتقديم شهادات التصديق الالكترونية بعد التحقق من هوية الشخص، وعند الاقتضاء التحقق من صفاته الشخصية، كما يلتزم بالتحقق من تكامل بيانات الانشاء مع بيانات التحقق من التوقيع[3]. كما يلتزم أيضا بالتحقق من هوية الممثل القانوني للشخص المعنوي، ويجب

---

[1]- درار نسيمة، مرجع سابق، ص 859.

[2]- selon l'exigence « K » de l'annexe II du décret 1999/93, op.cit.

[3]- المادة 44 من القانون 15-04.

أن يحتفظ بسجل يدون فيه هوية وصفة الممثل القانوني للشخص المعنوي المستعمل للإمضاء الالكتروني.

-الالتزام بالسرية وحماية المعلومات ذات ا لطابع الشخصي

نصت المادة 42 من القانون 15-04 على: يجب على مؤدي خدمات التصديق الالكتروني الحفاظ على سرية البيانات والمعلومات المتعلقة بشهادة التصديق الإلكتروني الممنوحة. ولا يمكن لمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني جمع البيانات الشخصية للمعني إلا بعد موافقة صريحة منه[1]، ولا يمكنه إلا جمع المعلومات الشخصية الضرورية لمنح وحفظ الشهادة، كما لا يمكنه حفظ أو نسخ بيانات الشخص الذي انشأ له توقيعا الكترونيا، أو منح له شهادة تصديق الالكتروني موصوفة[2].

كما يلتزم مؤدي خدمة التصديق بتوفير أنظمة آمنة، والتي من شأنها أن تضمن الحماية التقنية والتشفير لكل العمليات التي يقوم بها، ويلتزم أيضا بتوفير نظام قادر على حفظ الشهادات الالكترونية، بحيث لا يمكن إلا للأشخاص المؤهلين القيام بالتعديلات على المعطيات، وأن أي تعديل لهذه المعطيات يمكن التعرف عليه من طرف مؤدي الخدمة. كما لا يمكن أن توضع الشهادات للعموم بمجرد البحث عنها، إلا بعد موافقة صاحب الشهادة على ذلك[3].

ثالثا- شهادة التصديق الالكتروني

فصل المشرع الجزائري من خلال قانون التصديق والتوقيع الالكترونيين بين شهادة التصديق (العادية) وشهادة التصديق الموصوفة، نوضح في ما يلي كلا منهما.

أ- تعريف شهادة التصديق الالكتروني

إن شهادة التصديق الالكتروني تعتبر صك أمان تفيد صحة وضمان المعاملات الالكترونية، وذلك من خلال التأكد من هوية الموقع وكذا التأكد من نسبة التوقيع إليه، وذلك نظرا لما تحوزه من اعتراف قانوني من مختلف التشريعات القانونية. وكما ميز المشرع الجزائري بين التوقيع الالكتروني البسيط والتوقيع الالكتروني الموصوف، كما بينا ذلك سابقا، ميز أيضا بين شهادة التصديق الالكتروني (البسيطة) وشهادة التصديق الالكتروني الموصوفة.

[1]- المادة 43 من القانون 15-04.
[2]- المادة 48 من القانون 15-04.
[3]- selon l’exigence « I » , exigences concernant les prestataires de service de certification délivrant des certificats qualifiées , de l’annexe II du décret 1999/93, op.cit.

ولقد عرف المشرع الجزائري شهادة التصديق الإلكتروني على أنها: "وثيقة في شكل الكتروني تثبت الصلة بين بيانات التحقق من الموقع الالكتروني والموقع"[1]. وهو نفس التعريف الذي جاء به المشرع الفرنسي: "مستند (وثيقة) في شكل الكتروني يثبت توافر الرابطة بين بيانات التحقق من صحة التوقيع الالكتروني والموقع"[2]. ولقد عرفها قانون الأونسيترال لسنة2001 على أنها: "رسالة بيانات أو سجلا آخر يؤكدان الصلة بين الموقع وبيانات انشاء التوقيع"[3].

يتضح من مختلف هذه التعريفات أن هدف شهادة التوقيع الالكتروني هو اثبات الصلة بين الموقع وبيانات انشاء التوقيع. ولقد عرف المشرع الجزائري بيانات انشاء التوقيع الالكتروني على أنها: "بيانات فريدة، مثل الرموز أو مفاتيح التشفير الخاصة، التي يستعملها الموقع لإنشاء التوقيع الالكتروني"[4].

ب- شهادة التصديق الالكتروني الموصوفة

إضافة إلى شهادة التصديق الالكتروني البسيطة أو العادية التي نصت عليها معظم التشريعات، أحدث المشرع الجزائري شهادة أخرى سماها شهادة التصديق الالكتروني الموصوفة، بينما سماها التوجيه الأوروبي 93/1999 للتوقيع الالكتروني "شهادة مؤهلة"، « Certificat qualifie» ولقد اشترط المشرع الجزائري عدة متطلبات يجب توافرها في هذه الشهادة الالكترونية[5]، كما حدد عدة بيانات يجب أن تتضمنها. من جهته التوجيه الأوروبي اشترط عدة شروط يجب أن تتضمنها هذه الشهادة الالكترونية، كما اشترط أيضا شروطا يجب أن تتوافر في مقدم خدمات التصديق الذي يمنح هذه الشهادة[6]، أوردها في المحلقين الأول والثاني لهذا التوجيه.

ونظرا لأهمية شهادة التصديق الالكتروني الموصوفة في توثيق التوقيع الالكتروني المستعمل في التعاقدات المصرفية الالكترونية، أو المستعمل في التجارة الالكترونية عموما، نجمل أهم شروط هذه الشهادة، كما جاءت من مختلف التشريعات المتعلقة بالتوثيق أو التصديق الالكتروني:

1- يجب أن تمنح شهادة التوثيق الالكتروني الموصوفة من قبل طرف ثالث موثق أو من قبل مؤدي خدمات التصديق طبقا لسياسة التصديق الالكتروني الموافق عليها، كما يجب أن تمنح للموقع دون سواه. فإذا كان الموقع يتصرف لحساب الغير، تمنح الشهادة للموقع وليس للهيئة التي يمثلها.

---

[1]- المادة 02 فقرة 7 من القانون 15-04.

[2]- Article 9 du Décret N° 2001-272 du 30 mars 2001, Op cit.

[3]- المادة 2 فقرة "ب" من القانون النموذجي للتوقيعات الالكترونية لسنة 2001.

[4]- المادة 02 فقرة 3 من القانون 15-04.

[5]- المادة 15 من القانون 15-04.

[6]- Article 2-10 du directive 1999/93, op.cit.

2- يجب أن تتضمن الشهادة رمز تعريف شهادة التصديق، واسم الموقع، مع امكانية ادراج أيه صفة اخرى له. كما يجب أن تتضمن هوية الطرف الثالث الموقع والبلد الذي يقيم فيه.

3- يجب أن تتضمن الشهادة عبارة تبين أنها شهادة موصوفة، كما يجب أن تتضمن تاريخ بداية ونهاية صلاحية استعمال الشهادة، وحدود استعمالها وقيمة المعاملات التي يمكن أن تستعمل فيها، عند الاقتضاء.

4- يجب أن تتضمن الشهادة أيضا بيانات التحقق من التوقيع الالكتروني، والتي يجب أن تكون موافقة لبيانات انشاء التوقيع الالكتروني.

5- كما يجب أن تتضمن الشهادة أيضا التوقيع الالكتروني الموصوف لمؤدي خدمات التوقيع الذي أصدر الشهادة.

خلاصة الفصل الثاني

لا يختلف الإيجاب في عقود العمليات المصرفية الالكترونية في جوهره عن الإيجاب التقليدي إلا في الوسيلة الالكترونية المستعملة، فالإيجاب مصطلح يدل على التعبير البات عن إرادة البنك يعرض على الزبون أن يتعاقد معه، وقد يكون موجها لشخص معين كما قد يكون موجها لشخص غير معين، أي موجها للجمهور. ويكون التعبير عن القبول من طرف العميل عن بعد وبطريقة الكترونية، بطريقة النقر مرتين على الأيقونة أو بواسطة الرسائل الالكترونية وباستعمال البريد الالكتروني.

اعترف المشرع الجزائري صراحة بحق العدول في عقود التجارة الالكترونية، وطلب من المورد الالكتروني ضرورة اعلام المستهلك الالكتروني بحقه في العدول بعد ابرام العقد الالكتروني، والشروط الواجب توافرها حتى يكون هذا العدول مقبولا من طرف المورد الالكتروني، والأجل الذي يجب ان يعبر خلاله المستهلك الالكتروني عن رغبته في هذا العدول. كما اعترف به في عقود العمليات المصرفية أيضا من خلال قانون النقد والقرض.

في ظل التطور التكنولوجي الكبير الحاصل في ميدان الاعلام والاتصال واستخدام الحاسوب في كل الأنظمة البنكية الحديثة، لا يمكن الاعتماد على طرق الاثبات التقليدية في اثبات العقود المصرفية الالكترونية أو اثبات قيام العميل بعملية مصرفية الكترونية محددة، وهذا الذي سايره المشرع الجزائري من خلال اعترافه بالكتابة الالكترونية، وساوى في حجيتها في الاثبات بينها وبين الكتابة الخطية، بموجب تعديل القانون المدني لسنة 2005. كما اعترف بحجية التوقيع الالكتروني، وساوى بينه وبين التوقيع العادي بموجب قانون التوقيع والتصديق الالكترونيين لسنة 2015.

يشترط في التوقيع الالكتروني الموصوف أو الآمن، الذي يعتد به في العقود المصرفية الالكترونية أن ينشأ على أساس شهادة تصديق الالكتروني موصوفة، وأن يرتبط بالموقع دون سواه، وأن يمكن من تحديد هوية الموقع، وأن يكون مصمما بواسطة آلية مؤمنة خاصة بإنشاء التوقيع الالكتروني، وأن يكون منشأ بواسطة وسائل تكون تحت التصرف الحصري للموقع، وأن يكون مرتبطا بالبيانات الخاصة به بحيث يمكن الكشف عن التغييرات اللاحقة لهذه البيانات.

لا يتوقف دور البنوك والمؤسسات المالية في عملية التصديق الالكتروني، على الاستفادة من خدمات مختلف الهيئات والسلطات التي تقوم بهذه العملية من أجل التأكد من هوية مختلف العملاء المتعاملين مع البنك، بل تقوم البنوك هي نفسها في بعض الدول بعملية التصديق لزبائنها أو حتى لأشخاص آخرين.

خلاصة الباب الأول

مهما بلغ التطور التكنولوجي الحاصل في قطاع الاعلام والاتصالات الالكترونية، ومهما كان الانتشار الكبير والواسع للعمليات المصرفية الالكترونية من خلال البنوك التي لها تواجد مادي على الأرض أو من خلال البنوك الالكترونية التي ليس لها تواجد على الأرض، فإن تطوير الإطار القانوني والتنظيمي لممارسة هذا النوع الجديد والمبتكر من النشاط المصرفي، يبقى هو الضامن الوحيد لتوفير بيئة قانونية آمنة لهذا النشاط المصرفي في البيئة الالكترونية.

إن وضع إطار قانوني واضح بسيط ومرن يراعي مصالح مختلف الأطراف المتدخلة في القطاع المصرفي الالكتروني، من خلال تكييف القواعد القانونية التقليدية لممارسة العمليات المصرفية والأعراف المستقرة لممارسة النشاط المصرفي، مع التطور التكنولوجي الكبير الحاصل في القطاع المصرفي والمالي، وكذا صياغة قواعد قانونية جديدة تستجيب لخصوصيات هذ النشاط المصرفي الالكتروني المستجد، وحرص البنوك والمؤسسات المالية على توفير خطط دقيقة لحسن إدارة المخاطر المختلة والمحتملة الناتجة عن النشاط المصرفي الالكتروني، كل هذا من شأنه أن يساهم في توفير جو من الثقة لدى الزبائن ومختلف المتعاملين مع القطاع المصرفي في العمليات المصرفية الالكترونية، ومن ثم يزداد الاقبال عليها والاستفادة القصوى من التطور الهائل في القطاع التكنولوجي.

لا يمكن أن تبقى كل أنواع العمليات والخدمات المصرفية مغلقة وحكرا على البنوك والمؤسسات المالية فقط، بل يجب فتح هذا القطاع على المؤسسات غير البنكية للقيام ببعض أنواع العمليات المصرفية الالكترونية ذات الانتشار الواسع والكبير، مع الموازنة بين مقتضيات السماح لهيئات جديدة بالقيام ببعض هذه العمليات المصرفية الالكترونية المبتكرة، وضرورة الحفاظ على خصوصية النشاط المصرفي وحماية أموال المودعين والمستثمرين.

تعتبر عملية تكييف القواعد الكلاسيكية لنظرية العقد مع مقتضيات العقود الالكترونية المبرمة عن بعد ومن غير الحضور الفعلي لمجلس العقد بواسطة مختلف وسائل الاتصال الحديثة وباستعمال مختلف الشبكات الالكترونية، مع تكملة النقص المسجل في هذه القواعد الكلاسيكية بوضع قواعد قانونية جديدة واضحة، مفصلة ومستجيبة لخصوصية هذا النوع المستجد من العقود الالكترونية، من شأنها أن تساهم في بلورة وتشكيل نظرية عقد مصرفي الكتروني، وتمكن من حفظ الحقوق وتحديد التزامات مختلف الأطراف بمناسبة ابرام وتنفيذ عقود العمليات المصرفية الالكترونية.

الباب الثاني

المسؤولية البنكية وتسوية المنازعات الناشئة بمناسبة أداء العمليات المصرفية الإلكترونية

أدى الانتشار الواسع للعمليات المصرفية الالكترونية من خلال تقديم مختلف البنوك والمؤسسات المالية لهذه العمليات باستعمال مختلف أجهزة ووسائل الاتصال الحديثة إلى الإقبال الكبير للزبائن على استعمالها، نظرا لما توفره من فوائد كثيرة، مقارنة بالعمليات المصرفية التقليدية، من سهولة وأمان وسرعة في انجاز المعاملات المالية، وكذا حماية الزبائن من خطر حمل النقود.

غير أن القيام بمختلف العلميات المصرفية الالكترونية واستعمال شتى أنواع وسائل الدفع الالكترونية لم يكن بالصورة المثالية التي نتمناها، فكثيرا ما يخل مختلف الأطراف ذات العلاقة بالعملية المصرفية بالتزاماتهم التعاقدية أو القانونية، وما ينتج عن ذلك من أخطاء في تنفيذ هذه العمليات المالية الهامة. كما صاحب الانتشار الكبير لاستعمال وسائل الدفع الالكترونية ظهور وانتشار طرق احتيالية عديدة للاستعمال غير المشروع لهذه الوسائل الحديثة. وأصبحت هذه الأخيرة نفسها هدفا للمجموعات الاجرامية وقراصنة الانترنت بغية الحصول على المال. وظهرت وانتشرت الجرائم المالية والمصرفية على الانترنت، وتسببت في أضرار بالغة للأفراد والمؤسسات المالية ولاقتصاديات الدول.

كما أدى الانتشار الكبير للعمليات المصرفية الإلكترونية إلى ظهور أو نشوء منازعات مصرفية كثيرة في البيئة الإلكترونية لم تكن معروفة ولا مألوفة في البيئة المادية الورقية. حيث تتميز هذه المنازعات بكونها ذات أبعاد مختلفة، فهي ذات طبيعة تجارية بالنسبة للمصرف ومدنية بالنسبة للمستهلك، كما أنها ذات طبيعة دولية. ولأن عقود هذه العمليات تبرم بطريقة الكترونية، فهذا يثير إشكالية اثبات هذه العقود، كما أن تنفيذ هذه العمليات يثير اشكالية أخرى غاية في الأهمية هي التحقق من هوية الآمر بالعملية المصرفية.

هذا ما يدفعا إلى دراسة نظام المسؤولية عن العمليات المصرفية الالكترونية، وكذا طرق حل المنازعات المترتبة عن قيام هذه المسؤولية. وعلى هذا قسمنا الباب الثاني من هذه الدراسة إلى فصلين، نتناول في الفصل الأول تفصيل نظام المسؤولية عن العمليات المصرفية الالكترونية، ونتناول في الفصل الثاني طرق تسوية المنازعات الناشئة عن هذه العمليات.

الفصل الأول

نظام المسؤولية عن العمليات المصرفية الالكترونية

إن القيام بالعمليات المصرفية الالكترونية وما يمكن أن يصاحبه من استعمال تعسفي وغير مشروع لهذه العمليات من خلال شبكة الانترنت ومختلف الأجهزة الالكترونية، بهدف الحصول على الأموال بدون وجه حق، أو محاولة التحرر من مختلف الالتزامات العقدية أو القانونية، أدى إلى ظهور اشكالات قانونية تتعلق أساسا بطبيعة البيئة الإلكترونية التي تتم فيها هذه العمليات وصعوبة اثبات مختلف أركان المسؤولية المدنية من خطأ وضرر وعلاقة سببية في هذه البيئة الافتراضية، وكذلك صعوبة تطبيق مختلف النظريات الكلاسيكية للمسؤولية المدنية في هذه البيئة الجديدة.

ثم إن البحث عن المسؤولية المدنية عن العمليات المصرفية الإلكترونية غير المشروعة في القانون المدني والقوانين ذات الصلة، قد يترك للمجرم سيء النية أو الذي يقوم بهذه العمليات بطريقة احتيالية، المجال للإفلات من العقاب، الشيء الذي يتطلب بحث الموضوع أيضا من خلال قواعد المسؤولية في القانون الجزائي. غير أن إعمال قواعد القانون الجزائي –التقليدية– وفي غياب النصوص القانونية التي تجرم هذه الأعمال، يصطدم بمبدأ المشروعة، إذ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص.

ولأنه لا يمكن إنكار أن قواعد مسؤولية البنوك والمؤسسات المالية تخضع للقواعد العامة للمسؤولية المدنية، أو المسؤولية الجزائية على حد سواء، فإننا نحاول تطبيق هذه القواعد لدراسة المسؤولية عن العمليات المصرفية الإلكترونية. ولتفصيل ذلك قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين، نتناول في المبحث الأول المسؤولية المدنية عن العمليات المصرفية الالكترونية، ونتناول في المبحث الثاني المسؤولية الجزائية عن العمليات المصرفية الالكترونية.

المبحث الأول

المسؤولية المدنية عن العمليات المصرفية الالكترونية

تخضع المسؤولية المدنية للبنوك، سواء أمام عملائها أو أمام الغير، للقواعد العامة[1]، ولكن ظروف ممارسة المهنة أدخلت البنوك والمؤسسات المالية في دائرة ما يسمى بمسؤولية المهني أو مسؤولية المحترف[2]. هذا الوصف جعل للمسؤولية المصرفية خصوصية ضمن قواعد المسؤولية المدنية العامة. وفي هذا الإطار نهج القضاء الفرنسي اتجاهين متناقضين في معالجة مسؤولية البنوك، الاتجاه الأول ارتبط بتطبيق نظرية المسؤولية عن الفعل الشخصي المؤسسة على أساس المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي، تقابلها المادة 124 في القانون المدني الجزائري. حيث أن تقدير عنصر الخطأ يكون ضمن السلطة التقديرية لقاضي الموضوع. أما الاتجاه الثاني، فقد شدد على مسؤولية المصرفي على أساس المهنة وعلى كونه مكلف بالحفاظ على خدمة عمومية، وهذا ما أدى إلى تشديد الأحكام اتجاه البنوك من طرف القضاء[3].

ثم إن الانتشار الكبير والواسع للعمليات المصرفية الالكترونية، سواء من حيث العدد أومن حيث حجم المبالغ المالية المتداولة بالوسائل الالكترونية، زاد من خصوصية مسؤولية البنوك والمؤسسات المالية أثناء القيام بهذه العمليات من خلال البيئة الالكترونية، ومنه كان لزاما دراسة المسؤولية المدنية للبنوك على العمليات المصرفية الالكترونية وفقا للقواعد العامة للمسؤولية المدنية، ومدى امكانية تطبيقها على العمليات المصرفية الالكترونية. ونظرا لخصوصية هذه العمليات الالكترونية وجب البحث أيضا في مختلف النظريات والاتجاهات الحديثة لتحديد وضبط هذه المسؤولية.

نتناول في هذا المبحث قواعد المسؤولية المدنية عن العمليات المصرفية الالكترونية، بغض النظر عن العملية المصرفية التي تثور بمناسبتها، ومنه نبحث عن طبيعة مسؤولية البنك في القانون المصرفي الجزائري ومدى انطباقها على العمليات المصرفية الالكترونية في مطلب أول، ونبحث إمكانية إعفاء البنك من هذه المسؤولية ، ومن ثم قيام مسؤولية العميل، في مطلب ثان.

المطلب الأول

طبيعة مسؤولية البنك عن العمليات المصرفية الالكترونية

نظرا لعدم وجود قواعد قانونية خاصة بالمسؤولية المدنية عن العمليات المصرفية، سواء العادية منها أو الالكترونية، في القانون الجزائري، تسري القواعد العامة للمسؤولية المدنية على مسؤولية البنك عن العمليات المصرفية ، مع محاولة تكييفها على البيئة الالكترونية.

---

[1]- HAMMOUD May, la protection du consommateur des services bancaires et des services d'assurance, Thèse de doctorat en droit, Université Panthéon-Assas, Université libanaise, décembre 2012, p 259

[2]- علي جمال الدين عوص، مرجع سابق، ص 27.

[3]- محفوظ لعشب، الوجيز في القانون المصرفي الجزائري، مرجع سابق، ص 110.

بداية يقصد بالمسؤولية المدنية بوجه عام، تعويض الضرر الناتج عن الاخلال بالتزام مقرر بذمة المسؤول. وقد يكون مصدر هذا الالتزام عقدا يربط الطرفين، وتكون عندئذ المسؤولية عقدية، يحكمها ويحدد مداها العقد بصفة خاصة، والقواعد الخاصة بالمسؤولية العقدية بصفة عامة. وقد يكون مصدر هذا الالتزام القانون في صورة تكاليف عامة يفرضها على الكافة، وعندئذ تكون المسؤولية تقصيرية، يستقل بحكمها وتحديد مداها القانون.[1]

يجمع الفقه على أن المسؤولية العقدية تقوم نتيجة الإخلال بالتزام عقدي يختلف باختلاف ما اشتمل عليه العقد من التزامات، بينما تقوم المسؤولية التقصيرية على الاخلال بالتزام قانوني عام لا يتغير هو الالتزام بعدم الاضرار بالغير[2]. وعلى هذا فالمسؤولية التقصيرية هي الأصل العام، يجب تطبيقها كلما ارتكب شخص خطأ وتسبب عنه ضرر للغير. أما المسؤولية العقدية فهي استثناء لا تسري إلا إذا كان بين الدائن والمدين عقد أخل المدين بأحد التزاماته. وعلى ذلك يشترط لقيام هذه المسؤولية الاستثنائية شروط معينة، إذا انتفى شرط منها وجب الرجوع إلى الأصل العام وهو المسؤولية التقصيرية.

ورغم أن بعض الفقه يرى أنه لا توجد فائدة للفصل بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية في المجال البنكي، وذلك لأن خطأ المصرفي يكون دائما بعدم بذل العناية، غير أن تحديد مجال تطبيق أيا من المسؤوليتين، العقدية أو التقصيرية في المجال البنكي والمصرفي ليس بالأمر الهين. وتزداد هذه الصعوبة عندما يتعلق الأمر بالعمليات والخدمات المصرفية المنفذة بطريقة الكترونية، والناتجة عن التزامات عقود الكترونية.

ونظرا لكون القيام بالعمليات والخدمات المصرفية الالكترونية، يكون كأصل عام كما ذكرنا ذلك سابقا، بناء على عقد إلكتروني بين البنك أو المؤسسة المالية والعميل، وعلى هذا الاساس نتناول مسؤولية البنك المدنية عن الاخلال بالتزاماته العقدية تجاه العميل في الفرع الأول، على أن نتناول مسؤولية البنك التقصيرية تجاه العميل في الفرع الثاني.

الفرع الأول

المسؤولية العقدية عن العمليات المصرفية الالكترونية

نتناول المسؤولية العقدية للبنوك والمؤسسات المالية عن الإخلال بالعمليات المصرفية الالكترونية من خلال الحديث عن شروط قيام هذه المسؤولية ثم نتناول أساس هذه المسؤولية.

---

[1]- جاسم على سالم الشامسي، تطبيقات المسؤولية المدنية المصرفية في قضاء المحكمة الاتحادية العليا ومحكمة تمييز دبي، بحث منشور ضمن مؤتمر الاعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة و القانون، الجزء الرابع، مرجع سابق، ص 1783.

[2]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، سنة 1968، ص 748.

أولا- شروط قيام المسؤولية العقدية للبنك

تقوم المسؤولية العقدية للبنك أو المؤسسة المالية عن الاخلال بالالتزامات التعاقدية في العمليات المصرفية الالكترونية بتوفر شرطان، وجود عقد الالكتروني صحيح بين البنك والعميل، وأن يكون الضرر الذي أصاب العميل نتيجة الاخلال المباشر ببند من بنود هذا العقد[1].

أ- وجود العقد المصرفي الالكتروني

ذكرنا سابقا عند الحديث عن ابرام العقود المصرفية الالكترونية، مفهوم العقد المصرفي الالكتروني، وشروط صحته وطرق اثباته. وعليه فإن مسؤولية المصرف العقدية لا تقوم إلا بوجود هذا العقد، وذلك على أساس أن كل العمليات المصرفية سواء كانت تقليدية، أو الكترونية هي عبارة عن عقود بين المصرف والعميل، الذي قد يكون مستهلكا أو مهنيا. فكل عمليات الإيداع في البنك تكون بموجب عقد مصرفي، وكل عمليات القرض والائتمان تكون بموجب عقد مصرفي، كما أن إدارة عمليات أو خدمات الدفع سواء العادية أو الالكترونية تكون بموجب عقود مصرفية. ومن ذلك عقود فتح الحسابات المصرفية، وعقود عمليات التحويل المصرفي الالكتروني وعقود مختلف أنواع البطاقات الالكترونية البنكية وغيرها.

ولا تتحقق المسؤولية العقدية على المدة التي سبقت ابرام العقد، كما لا تقوم خلال المدة التي اعقبت انقضاء العقد بين البنك والعميل. فإذا تبين للبنك أن المتعاقد معه بطريقة الكترونية ناقص الأهلية، أو أنه لجأ الى ابرام هذا العقد بطريقة احتيالية ليخفي نقص أهليته، فإن العقد في هذه الحالة يكون باطلا لنقص الأهلية، لكن تقوم مسؤولية العميل التقصيرية لاستعماله طرقا احتيالية في التعاقد[2].

غير أن العمليات والخدمات المصرفية بصفة عامة، والالكترونية منها بصفة خاصة، تقوم على مجموعة من العقود المتتالية والمتداخلة ويصعب الفصل بينها ومعرفة حدود العلاقة في كل عقد، وأين يبدا وأين ينتهي كل عقد منها. ومثال على ذلك عقد حامل البطاقة الالكترونية بين البنك والحامل، حيث يبرم هذا العقد، في معظم الاحيان، بناء على عقد سابق وهو عقد فتح الحساب المصرفي[3]، ثم يبرم عقد حامل البطاقة، وقد يصل إلى إبرام عقد آخر هو عقد فتح خط ائتمان مصرفي، بحيث تتحول بطاقة الدفع والسحب إلى بطاقة ائتمان. فالبنك في معظم الاحيان لا يتأكد من الأهلية في العقد الثاني والثالث، لأنه تأكد منها في العقد الأول. وبالتالي فإن الآثار القانونية للعقد الثاني والعقد الثالث تكون متداخلة مع العقد الاول.

[1]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع نفسه، ص 754.
[2]- المادة 119 من القانون المدني المصري. المنشور في الجريدة الرسمية بتاريخ 20 فيفري 1954.
[3]- تنص المادة 03 من عقد بطاقة الذهبية على: "يمنح بريد الجزائر بطاقة الدفع الالكتروني الذهبية لزبائنه الذين يملكون حسابات بريدية جارية بعد تقديمهم طلبا للحصول عليها".

ويكمن الاشكال هنا في حالة قيام نزاع بين البنك وحامل البطاقة الالكترونية، في هل يمكن النظر إلى كل عقد على حدة لتحديد حدود العلاقة بين البنك وحامل البطاقة الالكترونية، أم أن هناك عقدا أصليا وبقية العقود تابعة له ومتفرعة عنه، بحيث نرجع إلى أحكامه أولا وفي حالة عدم تنظيمه لمسألة معينة نعود للعقود الأخرى؟

يرى بعض الفقه[1] أنه لا يمكن النظر إلى كل عقد من هذه العقود بشكل مستقل، وانما ينظر إليها على أساس وحدة العلاقة وقيامها داخل إطار واحد وهو الحساب المصرفي، الذي يمثل العلاقة الرئيسية التي تجمع البنك بالعميل، فهذا العقد له من الخصائص ما يجعله يستجيب لجميع العمليات التي يتضمنها.

بينما يرى البعض الآخر أن الارتباط الظاهري بين مختلف العقود لا ينفي استقلاليتها عن بعضها البعض. فقيام البنك بتسجيل جميع عمليات التحويل المصرفي الالكتروني، مثلا، في الحساب يرجع لكون هذا الأخير هو الوسيلة المحاسبية التي تنظم العلاقات بين مختلف الأطراف في هذه العمليات. كما أن فتح الحساب لا يعطى العميل الحق في خدمات البطاقات الالكترونية ، بل يجب ابرام عقد مستقل يضبط العلاقات الناشئة بمناسبة العمل بالبطاقة البنكية الالكترونية[2].

ب- الاخلال بإحدى الالتزامات التي يرتبها العقد المصرفي الالكتروني

إذا كان الضرر قد وقع نتيجة الاخلال بالتزام لم يتضمنه العقد، فإن المسؤولية العقدية لا تقوم برغم وجود العقد، انما تقم هنا المسؤولية التقصيرية[3]. ومن هنا وجب تحديد الالتزامات التي تتولد عن العقد تحديدا دقيقا، حتى تقوم عن عدم تنفيذها المسؤولية العقدية. غير أن هناك بعضا من العقود يصعب فيها تحديد كل الالتزامات، وهي كثيرة في العقود المصرفية الالكترونية، وهنا يرجع في تحديدها إلى نية المتعاقدين الصريحة أو الضمنية، وعلى القاضي أن يكشف عنها عن طريق تفسير بنود العقد[4].

وبتعبير آخر أن المضرور لا يؤثر في طبيعة المسؤولية، فعند وقوع الضرر نبحث عن مصدر الضرر لمعرفة ما إذا كان يدخل في العقد أم لا، فإذا كان الضرر راجع إلى مخالفة العقد، تأسست المسؤولية العقدية، أما إذا كان الضرر بعيدا عن العقد، تأسست المسؤولية التقصيرية حتى ولوكان عميل البنك المضرور طرف في العقد المصرفي. وبتعبير أدق ليست كل الاضرار التي تصيب المتعاقد مع البنك توجب المسؤولية العقدية على البنك، فالعبرة بتحديد مصدر الضرر لا بالشخص المضرور[5].

---

[1]- محمد فريد العويني، القانون التجاري والعقود التجارية وعميات البنوك، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، سنة 203 ص 304.
[2]- محمد حسين صالح طليان، مرجع سابق، ص 427
[3]- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، الطبعة التاسعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص 122.
[4]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، المرجع نفسه، ص 756.
[5]- شريف محمد غنام، مسؤولية البنك عن أخطاء الكمبيوتر في النقل الالكتروني للنقود، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، سنة 2010، ص 29.

لكن التساؤل الذي يجب أن يطرح هنا بمناسبة الحديث عن الاخلال بالالتزامات التعاقدية التي توجب قيام المسؤولية العقدية، هل التزام البنك في مواجهة العميل بموجب عقود العمليات المصرفية الالكترونية، هو التزام ببذل عناية أم التزام بتحقيق نتيجة؟

يكتسي تحديد طبيعة الالتزام الناشئ بين البنك والعميل في إطار العلاقية التعاقدية أهمية بالغة لتحديد معيار الخطأ البنكي. ذلك أن الالتزام حسب الغاية المرجوة منه ينقسم إلى التزام بتحقيق نتيجة والتزام ببذل عناية. وإن اثبات العميل عدم تحقيق البنك للنتيجة المرجوة من العقد المصرفي الالكتروني أيسر بكثير من إثباته عدم بذل العناية.

غير أنه بالنظر للتعقيدات التي تصاحب القيام بالخدمات والعمليات المصرفية الالكترونية، وتدخل كثير من الأطراف والوسطاء في العملية، كشبكة الانترنت ومزود خدمات الاتصال، ومختلف أجهزة وتقنيات الربط بين البنوك، يرى البعض[1] أن البنك لا يملك السيطرة الكاملة والقدرة على التحكم في الشبكة التي تتم عبرها كل العمليات المصرفية الإلكترونية. كما أن المعدات التقنية للبنك تقوم جهات أخرى بتوفير الأجهزة لها ووضع البرامج الخاصة بها من غير البنك، ولهذا فمن الطبيعي أن يكون التزام البنك في هذا المجال هو التزام ببذل عناية. وهذا وفقا لنص المادة 172 من القانون المدني، التي تعتبر المدين قد وفى بالتزامه إذا بذل في تنفيذ العمل من العناية ما يبذله الشخص العادي[2].

وفي هذا الإطار نصت المادة 06 من عقد البطاقة الذهبية لبريد الجزائر[3]، على اعتبار بريد الجرائر غير مسؤول عن أي خلل وظيفي أو عن أي تشغيل سيء للخدمات لأسباب خارجة عن نطاقه، لا سيما الخلل الوظيفي في أجهزة وشبكات الاتصالات السلكية واللاسلكية، والانقطاع في الخدمة نتيجة حوادث عرضية أو نتيجة قوة قاهرة، أو أي سبب من شأنه أن يعرقل الأداء العادي للخدمات.

إلا أنه في حقيقة الأمر أن كثيرا من العمليات والخدمات المصرفية مطلوب فيها تحقيق نتيجة وذلك على غرار عمليات التحويل المصرفي الالكتروني للنقود، أين يجب أن تصل النقود إلى المرسل إليه. مادام العميل قد أعطى أمرا للبنك بالتحويل، ومادام حساب العميل سليم وغذي بالمؤونة أو المبلغ المالي المطلوب، ومادام رقم حساب المستفيد صحيح.

ولهذا يرى جانب آخر من الفقه[4] أن التزام البنك تجاه العميل بموجب العمليات المصرفية الالكترونية، هو التزام بتحقيق نتيجة، فالبنك ملزم بوضع موزع الكتروني للنقود يعمل بشكل جيد في خدمة

---

[1]- نقلا عن محمد محمود أبو فروة، مرجع سابق، ص 169.

[2]- تنص المادة 172 من القانون المدني على: "في الالتزام بعمل، إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء، أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامه، فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كما يبذله الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود. هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على خلاف ذلك. وعلى كل حال يبقى المدين مسؤولا عن غشه أو خطئه الجسيم".

[3]- عقد حامل بطاقة الدفع الالكتروني الذهبية، مرجع سابق.

[4]- نقلا عن شربف محمد غنام، مرجع سابق، ص56.

الزبائن، كما هو ملزم بتدوين كل العمليات التي يجريها هذا الجهاز بدقة وفي وقتها وفي مكانها الصحيح. كما أن دفع الأموال للتاجر عن طريق البطاقة البنكية أو عن طريق الانترنت أو عن طريق التحويل الالكتروني يجب أن يكون حسب التاريخ المحدد وفي الوقت المتفق عليه، والا سيقع المشتري أو مقتني الخدمة الالكترونية في مشاكل لا نهاية لها مع التاجر أو مقدم الخدمات في ميدان التجارة الالكترونية.

ثانيا– أساس مسؤولية البنك العقدية عن العلميات المصرفية الالكترونية

تؤسس البنوك الخاضعة للقانون الجزائري في شكل شركات مساهمة[1]، وهي شخص معنوي، كما ذكرنا ذلك سابقا، وينسب سلوك الممثل القانوني للشخص المعنوي، لهذا الشخص المعنوي. فالخطأ الصادر عن هذا الممثل القانوني يعتبر صادرا عن أصيل لا عن تابع. وعليه إذا كان الممثل القانوني للبنك هو الرئيس أو الرئيس المدير العام أو غيرهما، فأن خطأ الرئيس المدير العام للبنك يعتبر خطأ شخصيا للبنك. كما أنه يمكن للممثل القانوني للبنك أن يعطي تفويضا ببعض الاختصاصات إلى بعض موظفي البنك، وعندئذ فإن أي خطئ لأي من هؤلاء الموظفين يعتبر أيضا خطأ شخصيا للبنك.

ونظرا لخصوصيات العمل بالبنوك الالكترونية على الأنترنت، حيث أن العاملين يمكن أن يقوموا بالعمل على الخط ومن أماكن مختلفة ومتفرقة دون أن يجمعهم مكان عمل واحد، وقد يشتركون في القيام بالعمل من أماكن بعيدة ودول مختلفة، حيث تصعب عملية مراقبتهم وتحديد مسؤولياتهم، ومتى كانت المسؤولية تعاقدية بين البنك والعميل، وأخل هذا البنك بالتزاماته بمناسبة القيام العمليات المصرفية الالكترونية، فإن مسؤولية البنك تنعقد دون الحاجة إلى معرفة الشخص الذي وقع منه الاخلال بالالتزام. وعادة يكتفي القاضي أن ينسب الخطأ إلى سوء التسيير أو خلل في نظام عمل البنك[2]، ويكفي أن يثبت العميل، بموجب العلاقة التعاقدية، أن هذا الخطأ نتج عند عدم تنفيذ العقد المصرفي الالكتروني أو أن تنفيذه غير تام أو متأخر، ليحكم القاضي بمسؤولية البنك عن الضرر الذي أصاب العميل.

وتبعا للمسؤولية الشخصية للبنك اتجاه العميل عن تنفيذ العمليات المصرفية الالكترونية، يكون البنك مسؤولا بقوة القانون عن حسن تنفيذ الخدمات المطلوبة منه من طرف العميل بموجب العقد، سواء تم تنفيذها من قبله هو أو من قبل بنوك أو وسطاء ماليين آخرين. وهذا مع حق البنك في الرجوع عليهم في حالة اثباته خطئهم[3].

تقتضي القواعد العامة للقانون المدني بإلزام المدعي بتحمل عبء اثبات ما يدعيه. وعلى هذا نصت المادة 323 من القانون المدني على: "على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين اثبات التخلص

[1]- المادة 83 من القانون 11-03، مرجع سابق..
[2]- علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 1215.
[3]- المادة 18 من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية، مرجع سابق.

منه". على أن العمليات المصرفية الالكترونية تتم في واقع افتراضي قوامه أجهزة الإعلام والاتصال وساحته مختلف الشبكات الالكترونية وأهمها شبكة الانترنت. كما أن البنك أو مقدم الخدمات المصرفية الالكترونية هو الذين يدير النظام الالكتروني الذي تتم عبره مختلف هذه العمليات والخدمات المالية. ومن ثم فإن مختلف عناصر الاثبات الالكترونية بيد البنك، الذي لا يمكنه أن يقيم دليلا ضد نفسه. وعليه يمكن القول أن إعمال قواعد الاثبات في المسؤولية العقدية يجعل عميل البنك كمدعي هو المطالب بإثبات ما يدعيه، ومنها اثبات الخطأ أو الضرر الذي أصابه نتيجة عدم تنفيذ أو التنفيذ المعيب لعملية من العمليات المصرفية الالكترونية. لكن هذه العملية صعبة وغير ممكنة في كثير من الحالات، نتيجة تحكم البنك في النظام الالكتروني، كما قلنا، فالعميل لا يمكنه إثبات الخطأ رغم وقوع الضرر عليه.

وعليه وبمقتضى مبادئ العدالة، ومحاولة للخروج من هذه الإشكالية ، نرى أنه من الضروري العمل على نقل عبء الاثبات من العميل إلى البنك. حيث يحاول بعض الفقه إقامة المسؤولية العقدية للبنك على أساس الالتزام بالسلامة أو على أساس المسؤولية عن فعل الاشياء. هذين الاساسين هما في الأصل من الاسس التي تؤسس عليهما المسؤولية التقصيرية، حيث أن الخطأ يكون مفترضا من جانب البنك. كما يحاول بعض الفقه أيضا، الذهاب مباشرة لإقامة المسؤولية التقصيرية للبنك رغم وجود العقد، للسبب نفسه.

وعلى هذا نتناول فيما يلي دراسة مدى إمكانية إقامة مسؤولية البنك في مواجهة العميل على أساس الالتزام بالسلامة أو على أساس المسؤولية عن الاشياء. على أن نتناول إمكانية إقامة المسؤولية التقصيرية للبنك في وجود العقد لاحقا.

أ- تأسيس مسؤولية البنك على أساس الاخلال بالالتزام بالسلامة

الالتزام بضمان السلامة هو من الالتزامات التي ابتدعها القضاء لمواجهة مخاطر التطور العلمي والتكنولوجي وكفالة حق المضرور المتعاقد في تعويض جابر للضرر. فالهدف من هذا الالتزام الذي نشأ في كنف العقود هو حماية المضرورين بعدم الزامهم بإثبات خطأ المسؤول، الذي كثيرا ما يصعب اثباته نظرا للتطور التكنولوجي الكبير واستعمال الوسائل التقنية في العمل، وذلك بعدم السماح للمسؤول بأن يدفع عن نفسه المسؤولية، إلا بإثبات السبب الأجنبي[1].

وإدراج القضاء الالتزام بضمان السلامة في النطاق العقدي كان يقصد منه تكملة العقد، بإضافة التزام قانوني إلى الالتزامات الرئيسية بين المتعاقدين، على الرغم من أن مكانه الحقيقي هو المسؤولية التقصيرية. فهو يعبر عن الواجب العام بعدم الإضرار بالغير.

[1]- محمد حسين صالح طليان، مرجع سابق، ص 444.

وعليه فالالتزام بالسلامة أصبح من الالتزامات التعاقدية التي يترتب على عدم تنفيذها مسؤولية أحد المتعاقدين.[1] وبحكم أن جل العمليات المصرفية الالكترونية تتم بموجب عقود بين البنك والعميل، كما ذكرنا ذلك سابقا، فإن التساؤل الذي يجب أن يطرح هنا هو مدى امكانية إقامة مسؤولية البنك عن اخلاله بإحدى العمليات المصرفية الإلكترونية بموجب العقد، على أساس المسؤولية عن الإخلال بالالتزام بالسلامة في مواجهة العميل؟

يتحدد مضمون العقد بما أراده المتعاقدان، فهو المرجع الأعلى في تحديد ما يمكن أن يتضمنه العقد من حقوق وواجبات للطرفين، إعمالا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين[2]. لكن بالإضافة إلى ما صرحت به ارادة الطرفين، أجاز المشرع للقاضي في سبيل تحديد مضمون العقد، أن يلجأ إلى بعض المؤشرات التي تعينه على ذلك، ومنها نص القانون المدني على: "لا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته، وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام"[3].

فهذا النص يمنح سلطة كبيرة للقاضي في تعيين حدود العقد ويكمل النقص الذي قد يكون فيه، وله أن يستعين في ذلك بالعرف وقواعد العدالة[4]. وإعمالا لهذا النص وسع القضاء من الالتزامات العقدية وأدخل في نطاقه التزامات لم تكن في الأصل فيه، ومنها الالتزام بالسلامة، التي نرى إمكانية تأسيس المسؤولية العقدية للبنك على أساها، نتيجة الاخلال بالعمليات المصرفية الالكترونية، متى توفرت شروط تطبيقها.

يوجب الفقه والقضاء لإقامة المسؤولية العقدية على أساس الاخلال بالالتزام بالسلامة شرطين هما: وجود خطر يهدد أحد المتعاقدين في جسمه أو ماله، وأن يكون المدين بالتزام بالسلامة محترفا[5].

1- الشرط الأول: وجود خطر يهدد أحد طرفي العقد

يقوم الالتزام بالسلامة على فكرة التزام أحد المتعقدين بعدم الإضرار بالمتعاقد الآخر أثناء تنفيذ العقد، وعليه فإن نطاق تطبيق هذا الالتزام هو العقود التي من شأنها أن تتضمن خطرا قد يتعرض له أحد المتعاقدين أثناء تنفيذ العقد. ويحدد بعض الفقه نوع الضرر اللازم لإعمال الالتزام بالسلامة بأنه الضرر المادي الذي يصب الانسان في جسده. غير أن غالبية الفقه ترى أن إصابة أحد المتعاقدين بضرر في

[1]- نشأ الالتزام بالسلامة لأول مرة بمناسبة عقد النقل، إذ يترتب على الناقل التزامه بالمحافظة على سلامة الركاب أو الأشياء التي يقوم بنقلها، فأي ضرر يلحقهم يستوجب التعويض من المسؤول، إلا إذا أثبت السبب الأجنبي. وكان في البداية التزام ببذل عناية، ثم تطور ليصبح التزام بتحقيق نتيجة. غير أن هذا الالتزام بدأ الاعتراف به في العقود الأخرى متى توافرت شروط معينة في العقد. حيث طبق في عقد العلاج الطبي وعقد البيع بضمان سلامة المبيع من الاضرار التي يسببها للمشتري أو الغير، وفي عقد التدريب الرياضي، وفي عقود وكالات السفر. محمد حسن صالح طليان، مرجع سابق، ص 445.

[2]- المادة 106 من القانون المدني.

[3]- المادة 107 فقرة 02 من القانون المدي.

[4]- نقلا عن شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 32.

[5]- المرجع نفسه، ص 36.

جسده أو ماله من جراء تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزامه، يعتبر سببا وجيها لقيام مسؤولية المتعاقد الذي كان سببا في الضرر، على أساس الالتزام بالسلامة.[1]

ومن هنا يجب التساؤل عن مدى امكانية تطبيق هذه المسؤولية على العمليات المصرفية الالكترونية؟ وهل يمكن تكييف هذا الشرط لكي يتلاءم مع طبيعة العلاقة بين البنك الالكتروني والعميل؟ وهذا على أساس أن الحفاظ على المال لا يقل أهمية عن الحفاظ على السلامة الجسدية، خاصة عندما تكون المبالغ المالية موضوع المسؤولية كبيرة. ثم إن النشاط المصرفي بطبيعته يتضمن مخاطر كثيرة للعميل و للبنك معا. فإذا كان هذا النشاط يتم الكترونيا عن طريق الانترنت فإن هذا الخطر يزداد ويتسع. ومن ثم فالبنك مسؤول عن وضع نظام الكتروني جيد يضمن مستوى كبيرا من السلامة، يقابل المخاطر الكبيرة المنتشرة على شبكة الانترنت. وعليه فإنه إذا أصيب العميل بضرر في ماله جراء تنفيذ عملية مصرفية الكترونية، فإن البنك يكون لا محالة قد أخل بالتزامه بسلامة العميل.

2- الشرط الثاني: أن يكون المدين بالالتزام مهنيا

باستقراء مختلف العقود التي طبق فيها القضاء الفرنسي خاصة، الالتزام بضمان السلامة، نجد أن شرطا مهما يتكرر في كل هذه الأطراف، وهو أن يكون المدين بهذا الالتزام محترفا. فالناقل والطبيب وصاحب الفندق ومقاول الالعاب الرياضية كلهم مهنيون ومحترفون. والمتعاقد مع المدين المحترف ينتظر منه أكثر مما ينتظر من غيره من الحرص والعناية في تنفيذ الالتزامات الناتجة عن العقد. وهو بهذه الصفة يجب أن يجتنب الأخطاء التي تسبب الضرر للمتعاقد.

ولقد ذكرنا سابقا، عند الحديث عن طرفي العقد المصرفي الالكتروني، أن كل البنوك سواء كانت تقوم بعملياتها بطريقة تقليدية أو الكترونية، تعتبر كلها مهنية تحترف مهنة الصرافة، فهي تمارس أعمالها بتنظيم وتكرار واستقلالية من أجل تحقيق الربح. ومادام البنك محترفا للأعمال المصرفية الالكترونية فهو أدرى من غيره بطبيعة هذه المهنة وما يتربص بها من مخاطر على أموال الزبائن. وهذ ما يجعل مسؤوليته عن القيام بالعمليات المصرفية الالكترونية، كما قلنا سابقا، على اساس تحقيق نتيجة و ليس مجرد بذل عناية. وأنه كمهني مسؤول عن الضرر الذي يصيب العميل في ماله، بناء على المسؤولية العقدية المبنية على أساس الالتزام بالسلامة.

ويحدد بعض الفقه[2]، من خلال دراسة بعض الأحكام القضائية الفرنسية، يمكن تحديد المؤشرات التي من خلالها يمكن تقدير ما إذا كان البنك قد احترم الالتزام بالأمان في النظام الالكتروني الذي يدير العمليات المصرفية الالكترونية أم لا. ومن أهم هذه المؤشرات، نذكر مؤشرين اثنين، قدرة النظام على

---

[1]- شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 38.
[2]- المرجع أعلاه، ص 40.

تأمين خدمة مصرفية الكترونية منتظمة، وتطبيق البنك لنظام الكتروني قادرا على إبطال الغش الذي قد يقع.

– المؤشر الأول: قدرة نظام البنك على تأمين خدمة مصرفية الكترونية منتظمة

يفرض هذا المؤشر على البنك أن يضع تحت تصرف العميل نظاما الكترونيا قادرا على معالجة أوامر وتعليمات العميل بموجب العمليات المصرفية الالكترونية بشكل صحيح ومنتظم وآمن. ويقصد بذلك أن يحشد البنك من الأجهزة والوسائل التقنية والبرامج وأنظمة الاعلام الآلي، ومن الوسائل البشرية الكفأة ما يمكنه من تنفيذ العمليات في ظروف الأمان والسلامة. وهذا يتطلب من البنك كمحترف عناية وحرص شديدين من أجل خدمة الكترونية دائمة ومستمرة للعميل. وأن أي خلل أو عطل في النظام الالكتروني يؤدي إلى ضرر مالي للعميل ما من شك يتحمل مسؤوليته البنك على أساس الالتزام بالسلامة المالية للعميل[1].

وعلى هذا الأساس نص التوجيه الأوروبي 2366/2015، المتعلق بوسائل الدفع في السوق الأوروبية الداخلية، على أن من الالتزامات التي تقع على عاتق مقدم خدمات الدفع، السهر على التوفر الدائم للوسائل المناسبة التي تمكن العميل من القيام بالإخطارات اللازمة، ومنها التبليغ عن ضياع أو سرقة البطاقة الالكترونية، أو طلب توقيفها أو إعادة تشغيلها[2].

ومن التطبيقات القضائية لهذا المؤشر ما قضت به محكمة Verviers الابتدائية البلجيكية. وتتلخص وقائع هذ القضية في أنه بتاريخ 31 أكتوبر 1982، تمت سرقة البطاقة البنكية الخاصة بأحد الزبائن، كما تمت سرقة الأجندة الخاصة بها والمدون عليها الرقم السري للبطاقة. حاول العميل أن يخطر البنك هاتفيا أو بالانتقال إلى مقره، لكنه لم يتمكن من ذلك إلا بعد يومين من حادثة السرقة وهو ميعاد عمل شباك البنك. حيث لا يقبل البنك أية إخطارات بتوقيف البطاقة في الليل أو في أيام العطل والإجازات. وترتب على هذا التأخير في توقيف عمل البطاقة سرقة مبلغا ماليا معتبرا من حساب العميل.

وبالرغم من إهمال العميل الحفاظ على البطاقة البنكية والرقم السري، إلا أن المحكمة ألزمت البنك برد المبلغ كله للعميل على أساس أن البنك استخدم نظاما الكترونيا لا تتوافر فيه معطيات السلامة

[1]- نقلا عن المرجع نفسه، ص 41.

[2]- Article 70-1-c) du Directive 2015/2366:

Veille à la disponibilité, à tout moment, de moyens appropriés permettant à l'utilisateur de services de paiement de procéder à la notification prévue à l'article 69, paragraphe 1, point b), ou de demander le déblocage de l'instrument de paiement conformément à l'article 68, paragraphe 4

والأمان اللازمين[1]. فالعميل لم يرتكب خطأ عندما لم يتمكن من إخطار البنك بسرقة البطاقة، ولا أحد يتحمل عدم عمل أجهزة البنك في الليل أو العطل إلا البنك نفسه[2].

– المؤشر الثاني: قدرة نظام البنك على إبطال أي غش الكتروني

يفرض هذا المؤشر أن تكون لدى النظام الالكتروني للبنك كل القدرة على كشف كل العمليات المصرفية الالكترونية الاحتيالية أو غير المشروعة، و ذلك باستخدام نظام التعرف على هوية المستخدم أو غلق المنفذ، أو أي نظام آخر لتأمين العمليات المصرفية وابطال أي غش محتمل. وفي حالة عدم قدم قدرة نظام البنك القيام بذلك، فأنه لا أحد غيره يتحمل مسؤولية الضرر المالي الذي صيب العميل. كما يجب على البنك التأكد من أن المعطيات السرية الخاصة بوسيلة الدفع الالكترونية للعميل لا يمكن لأحد غيره الدخول إليها[3].

ومن التطبيقات القضائية لهذا المؤشر، ما قضت به محكم استئناف باريس سنة 1980، في قضية بنك DAB. وتتلخص وقائع هذه القضية في أن أحد العملاء رفع دعوى ضد البنك مطالبا إياه برد المبالغ المالية التي تمت سرقتها من حسابه البنكي، بعد سرقة بطاقته البنكية. وقد رفضت المحكمة الحجة المقدمة من طرف البنك والمتمثلة في أن العميل قد أهمل في الحفاظ على بطاقته البنكية، مما مكن السارق من سحب المبلغ المالي من الصراف الآلي للنقود. وشددت على واجب البنك لوضع نظام قادر على كشف الغش وإبطاله بقولها "ليس مستبعدا أن يكون تشغيل ماكنة الصراف الآلي بسبب وجود نقص أو عيب في نظام الأمان ونظام السلامة الذي خصصه البنك للعميل. حيث يمكن للماكنة أن تعمل عن طريق ادخال البطاقة البنكية فقط دون إدخال الرقم السري. ولولا هذا النقص في تنفيذ الالتزام بالسلامة لما تمكن السارق من تشغيل الألة والوصول إلى حساب العميل وسرقة أمواله"[4].

غير أن تشديد المسؤولية من طرف القضاء الفرنسي على البنوك بموجب الالتزام بالسلامة واجه انتقادات شديدة. لأنه من الصعب على البنك اثبات إهمال العميل وعدم قيامه بمختلف العمليات المصرفية بطريقة صحيحة، على غرار عدم المحافظة على البطاقة البنكية. ولهذا كرست بعض المحاكم قرينة لصالح البنوك مفادها سلامة وأمان النظام الإلكتروني للبنوك، وعلى العميل اثبات العكس. غير أن أحكاما أخرى صدرت بهدم هذه القرينة وأن على البنك اثبات سلامة نظامه الالكتروني، عند حدوث ضرر للعميل[5].

[1] - Ne présente pas une sécurité suffisante.

[2]- نقلا عن شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 44.

[3]-Article 70-1-c) du Directive 2015/2366, op.cit.

[4] - Cour d’appel de Paris, 1décembre 1980. Dalloz, 1981. P 369.

[5]- أصدرت محكمة النقض الفرنسية في 08 أكوبر 1991 حكمين في قضيتي Hémadou و Camuel، تحمل فيه البنك مسؤولية حماية النظام وسلامة العميل للبنك. في الحكم الأول قضت المحكمة بأن سرقة بطاقة البطاقة البنكية واستخدامها من قبل الغير يعطي إمكانية لوجود نقص في=

وتأكيدا لهذا الاتجاه أصدرت محكمة « Nantes la jolie» حكما سنة 1993، اعتبرت فيه أن سلامة جهاز الكمبيوتر للبنك ليس أمرا مسلما به، ويقع على عاتق البنك أن يثبت إهمال العميل في الاحتفاظ بالبطاقة البنكية الخاصة به[1].

ب- تأسيس مسؤولية البنك العقدية على أساس المسؤولية عن فعل الأشياء

المسؤولية المدنية عن فعل الأشياء مكانها الطبيعي هو المسؤولية التقصيرية، وليس المسؤولية العقدية، ولهذا لا توجد نظرية تحكم أو تنظم المسؤولية العقدية عن فعل الأشياء، لعدم نص القانون على القواعد المنظمة لها صراحة. غير أن بعض الفقه[2] يرى أنه نظرا لعجز القواعد التقليدية للمسؤولية العقدية في توفير الحماية للعميل أثناء القيام بمختلف العمليات المصرفية الالكترونية، فإنه يمكن اعتماد المسؤولية العقدية عن فعل الأشياء، التي تقوم كما هو الحال في المسؤولية التقصيرية، على حراسة الأشياء. وباعتبار البنك حارسا للنظام الالكتروني فإنه حال وقوع الضرر فإنه يفترض الخطأ من جانبه دون تكليف العميل عبء إثباته.

ويرى هذا الرأي من الفقه أن البنك باعتباره حارسا للنظام الالكتروني الذي يقوم بواسطته بمختلف العمليات المصرفية، تكون له السيطرة الفعلية عليه من خلال توجيهه ورقابته. ومن ثم فإن الخطأ من جانب البنك يعتبر مفترضا. كما يرى أصحاب هذا الرأي أن هذا النظام الالكتروني، أو الشيء لا يخرج عن إطار العقد نفسه وبالتاي فإن المسؤولية تكون عقدية. فالبنك ملزم بالحفاظ على ودائع الزبون، من ثم فالتزام البنك هنا هو التزام بتحقيق نتيجة، ومادام الخطأ مفترضا في جانبه فلا يمكن دفعه إلى بالسبب الأجنبي. والقول بخلاف ذلك معناه إعطاء البنك الفرصة في كل وقت للتذرع بتعطل الأجهزة والبرامج، رغم أنها جميعا تحت سيطرته.

غير أن البعض الآخر يرى أنه لا يمكن التسليم بإقامة مسؤولية البنك العقدية على أساس المسؤولية عن فعل الأشياء، لأن الرأي السابق قد أقحم قواعد المسؤولية العقدية في غير مكانها[3]، أي حراسة الاشياء. وأن أصحاب الرأي الأول هم من الذين يدعون إلى وحدة المسؤولية العقدية والتقصيرية[4].

=نظام الأمان الذي يتبعه البنك، أو عدم كفاءة هذا النظام. ويقع على عاتق البنك أن يثبت وجود خطأ من جانب العميل في الحفاظ على البطاقة البنكية الخاصة به".

وفي القضية الثانية أقامت محكمة النقض مسؤولية البنك على سحب أموال من حساب أحد العملاء بشكل غير مشروع. وقالت ا، ا لبنك لم يستخدم الوسائل التي في إمكانه حتى يبطل هذا السحب غير المشروع. ولا يكفي في هذا الصدد أن يتخذ البنك وسائل الأمان والسلامة المناسبة، فالتزامه بتحقيق نتيجة لا ببذل عناية. ويستشف من مجرد حدوث سحب غير مشروع إصابة العميل بضرر وعدم تحقيق النتيجة المرجوة أن نظام البنك غير آمن و غير سليم. ذكر الحكمين، شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 48.

[1]- نقلا عن شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 48.

[2]- المرجع نفسه، ص 28.

[3]- محمد حسين صالح طليان مرجع سابق، ص 441.

[4]- نوي حمد خاطر، **"مسؤولية المصرف عن الأضرار الناشئة عن استخدام النظام الالكتروني في العمليات المصرفية"**، بحوث مؤتمر الاعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة و القانون، ، الجزء الرابع، مرجع سابق، ص 1804.

كما أن هذه الفكرة غير ممكنة واقعيا لأن البنك قد ينص في العقد على أن مسؤوليته إنما تقتصر على بذل العناية للقيام بمختلف العمليات. وقد بنص العقد على الإعفاء من المسؤولية أصلا في بند من بنوده.

إذن رأينا أنه من الصعوبة إقامة المسؤولية العقدية للبنك على العمليات المصرفية الالكترونية، وأن الزبون سيجد صعوبات كثيرة في اثبات خطأ البنك، أو في إثبات الضرر. كما قد يجد صعوبات كبيرة في اثبات العلاقة السببية، خاصة إذا علمنا أن البنك هو من يسير النظام الالكتروني الذي تتم عبره مختلف العمليات المصرفية الإلكترونية، ومن ثم فإن مختلف عناصر الاثبات تكون تحت يده، كما يمكنه التحرر من أي خطأ بأن يثبت أنه بذل كل العناية التي يجب أن يبذلها الرجل العادي. هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن البنك قد يعفي نفسه من هذه الالتزامات بمجرد النص على هذا الاعفاء في بنود العقد. كما أنه في حالة ثبوت الخطأ والضرر والعلاقة السببية فإنه قد يدفع بالسبب الاجنبي، حتى يدفع المسؤولية العقدية عنه. ومنه كان لزاما علينا البحث عن مدى امكانية إقامة مسؤولية البنك التقصيرية، رغم وجود العقد، لنرى مدى إمكانية تحقيق الحماية المدنية للعميل بمناسبة قيام البنك بمختلف العمليات والخدمات المصرفية الالكترونية.

نظرا لعدم إمكانية إقامة مسؤولية البنك العقدية نتيجة الأضرار التي يمكن أن تلحق العميل بمناسبة القيام بالعمليات المصرفية الإلكترونية، وعدم تسليم بذلك، فإننا نواصل البحث لنرى مدى إمكانية إقامة هذه المسؤولية من خلال تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية؟

الفرع الثاني

المسؤولية التقصيرية عن العمليات المصرفية الالكترونية

إن البحث في مدى امكانية قيام مسؤولية البنك بموجب المسؤولية التقصيرية في مواجهة العميل في ظل وجود عقد مصرفي بينها، تثير عدة اشكاليات فقهية قديمة، منها مدى استقلال كلا من المسؤوليتين العقدية والتقصيرية عن بعضهما؟ ومدى إمكانية الجمع بينهما لإقامة مسؤولية مدنية واحدة؟ ومدى إمكانية الخيار بينهما؟[1]

لكن قبل التفصيل في الجمع والخيرة بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية في موضوع المسؤولية المدنية عن العمليات المصرفية الإلكترونية، يجب الحديث عن امكانية قيام المسؤولية التقصيرية في ظل جود عقد مصرفي الكتروني يجمع الطرفين. وعلى هذا نتناول أولا أساس المسؤولية التقصيرية للبنك عن العمليات المصرفية الإلكترونية، على أن نتناول مدى إمكانية الجمع والخيرة بين المسؤولتين، ثانيا.

[1]- للتفصيل في هذه النقاط يمكن مراجعة، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني نظرية الالتزام بوجه عام، ص 748 و ما بعدها. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص 113 وما بعدها. محمد صبري السعدي، مصادر الالتزام، النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الثاني، المسؤولية التقصيرية والعمل النافع و القانون، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2009.، ص 20،

أولا– أساس مسؤولية البنك التقصيرية عن العمليات المصرفية الالكترونية

تقوم النظرية التقليدية للمسؤولية المدنية على أساس الخطأ، بينما تقوم النظرية الحديثة، أي نظرية تحتمل التبعية أو نظرية المخاطر على أساس المسؤولية بدون خطأ. ولقد سار القانون الفرنسي على النظرية التقليدية لتأسيس المسؤولية المدنية على أساس الخطأ و تبعته في ذلك كل القوانين العربية ومنها القانون المدني الجزائري[1]. ويشترط لقيام المسؤولية التقصيرية، على غرار المسؤولية العقدية توافر أركان الخطأ والضرر والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر.

ولقد قسم المشرع الجزائري، على غرار معظم التشريعات العربية، المسؤولية التقصيرية إلى ثلاثة أنواع: النوع الأول المسؤولية عن الأعمال الشخصية، نص عليها في المادة 124 من القانون المدني وجعلها تقوم الخطأ واجب الاثبات. النوع الثاني هو المسؤولية عن عمل الغير، نص عليها في المواد 134 إلى 137. وقسم المسؤولية عن فعل الغير بدورها إلى نوعين، النوع الأول مسؤولية متولي الرقابة في المادتين 134 و135 التي جعل الخطأ فيها مفترضا يقبل إثبات العكس. أما النوع الثاني من المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير فهو مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، نصت عليها المادة 136 وقد رأت النظرية التقليدية أن الخطأ في هذه المسؤولية مفترض ولا يقبل إثبات العكس، ولا يدحض حتى بالسبب الأجنبي.

أما النوع الثالث من أنواع المسؤولية التقصيرية التي جاء بها القانون المدني الجزائري فهي المسؤولية عن الاشياء، تناولتها المواد من 138 إلى 140. وقسمتها بدورها إلى قسمين: المسؤولية عن الأشياء الحية وتقوم على أساس خطأ الحارس غير قابل لإثبات العكس ولا يدحض الا بالسبب الأجنبي. والمسؤولية عن الاشياء غير الحية، وتقوم هذه الأخيرة على أساس الخطأ المفترض الذي لا يدحض هو أيضا إلا بإثبات السبب الأجنبي[2].

ونحن من خلال هذه الدراسة نحاول مسايرة منهجية القانون المدني الجزائري في تقسيم المسؤولية التقصيرية إلى هذه الاقسام الثلاثة، لنرى مدى امكانية تطبيق القواعد التقليدية لهذه المسؤولية على المسؤولية الناشئة عن إخلال البنك أو المؤسسة المالية بالتزاماتها تجاه العميل بمناسبة القيام بالعمليات المصرفية الالكترونية.

[1]- بينما أسس المشرع الاردني المسؤولية عن الفعل الضار على أساس الضرر وليس الخطأ، حيث تنص المادة 256 من القانون المدني الأردني على: "كل إضرار بالغير يلزم فاعله، ولو غير مميز، بضمان الضرر". وعلى هذا فالمشرع الاردني لا يشترط الخطأ كما لا يشترط أيضا الادراك أو التمييز خلافا للتشريع الفرنسي ومن تبعه.

[2]- علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 139.

أ- تأسيس المسؤولية التقصيرية للبنك على أساس الخطأ الشخصي

نص القانون المدني الجزائري على المسؤولية عن الافعال الشخصية في المواد من 124 إلى 133. ولقد أقام المشرع الجزائري المسؤولية الشخصية، على غرار بقية أنواع المسؤولية التقصيرية، على أساس الفعل الضار.

إن المسؤولية الشخصية تقوم على الخطأ الشخصي واجب الاثبات، ففي هذه الحالة يجب على العميل أثبات صدور الخطأ من المصرف. ويسأل المصرف مسؤولية شخصية إذا صدر الخطأ من ممثله القانوني أو من مدير لأحد فروعه، لأن مدير الفرع يعتبر الممثل القانوني للمصرف في ما يتعلق بهذا الفرع[1].

انقسم الفقه والقضاء إلى رأيين بين مؤيد ومعارض للخيرة بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية، كما سنرى لاحقا، لكن الجميع المؤيد والمعارض، يكاد يجمع على امكانية قيام المسؤولية التقصيرية الشخصية في وجود العقد، عندما يرتكب أحد الطرفين غشا أو خطأ جسيما، أو عندما يسبب الخطأ جريمة جنائية[2].

يعد ارتكاب البنك لغش أو خطئ جسيم أثناء القيام بالعمليات المصرفية الالكترونية، خروجا على مبدأ تنفيد العقد بحسن نية، في تنفيذ العقد المصرفي الالكتروني الذي يربط البنك أو المؤسسة المالية بالعميل. كما يعتبر إخلالا بالثقة التي وضعها العملاء في هذا البنك والمحافظة على أموال المودعة لديه[3]. هذا الفعل يستوجب تشديد المسؤولية عليه ومن ثم جاءت امكانية إقامة المسؤولية التقصيرية رغم وجود العقد.

يذهب الاتجاه العام من الفقه إلى مساءلة البنك عن الاضرار، التي تصيب العميل، على أساس المسؤولية العقدية، كما قلنا سابقا، لأن العمليات المصرفية هي عقود وأي إخلال بها تنشأ عنه المسؤولية العقدية، إلا إذا كان الضرر ناشئا عن غش أو خطئ جسيم[4]. ثم إن إقامة العميل مسؤولية البنك على أساس المسؤولية التقصيرية بدل العقدية، قد يحقق له العديد من الفوائد التي منها، امكانية زيادة التعويض على ما هو محدد في العقد، وعدم الاعتداد بالشرط المعفي البنك من المسؤولية. لهذا يعتبر الغش والخطأ الجسيم من طرف البنك من أهم الحالات التي يكون فيها للزبون الخيرة في إقامة دعواه في مواجهة البنك، لكون فعله هذا يشكل إخلالا بالتزام تعاقدي، كما يشكل أيضا إخلال بالتزام قانوني.

---

[1]- علي جمال الذين عوض، مرجع سابق، ص 1221.
[2]- أنظر محمد حسين صالح طليان، مرجع سابق ص 467. حازم نعيم الصمادي، مرجع سابق، ص 89.
[3]- محمد حسين صالح طليان، مرجع سابق، ص 473.
[4]- نوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص 1799.

لم يعرف القانون المدني الجزائري كلا من الغش أو الخطأ الجسيم، لكنه ساوى بينها في الأثر في المواد 172 و178 و182 و185. والغش هو الخطأ العمدي، الذي يتمثل في انصراف الارادة إلى ارتكاب الفعل أو الترك غير المشروع، فضلا عن انصرافها إلى احداث الضرر.

والخطأ الجسيم هو أشد أنواع الخطأ بالإهمال أو غير العمدي، ودرجات الخطأ غير العمدي هي، الخطأ التافه والخطأ اليسير والخطأ الجسيم، وهو يشبه الخطأ العمدي[1].ويعرفه البعض على أنه الخطأ غير العمدي الذي يحدث نتيجة عدم بذل العناية والحيطة في شؤون الغير، وذلك بقدر لا يمكن لأقل الناس عناية أو أقلهم ذكاء أن يفعله في شؤون نفسه.

تنص الفقرة 02 من المادة 182 من القانون المدني على: "غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد". وبمفهوم المخالفة لهذ الفقرة فإنه في حالة ارتكاب البنك لغش أو خطئ جسيم فالتعويض يكون عن الضرر المتوقع وغير المتوقع. وذلك بتشديد المسؤولية على البنك ومعاملته بنقيض قصده، بحرمانه من مزايا المسؤولية العقدية وإخضاعه لقواعد المسؤولية التقصيرية ومنها التعويض عن الضرر المتوقع وغير المتوقع.

هذا ما قضت به محكمة النقض المصرية في حكم لها بتاريخ 2003/10/28 بأن "مؤدى نص الفقرة الثانية من المادة 220[2] من القانون المدني، أنه يجوز أن يتضمن الاتفاق التعاقدي شرطا يعفي المدين من المسؤولية المترتبة على عدم تنفيذ التزامه فلا يسأل عنه بالقدر الذي يتسع له هذا النشاط، متى أثبت أن عدم التنفيذ يرجع الى الحالات الواردة فيه، وذلك فيما عدا حالتي الغش والخطأ الجسيم باعتبار أن الفعل المكون لكل منهما تتحقق به أركان المسؤولية التقصيرية، تأسيسا على أن المدين أخل بالتزام قانوني يمنع عليه أن يرتكب مثل هذا الفعل في جميع الحالات، سواء كان متعاقدا أو غير متعاقد"[3].

ومن الأخطاء الجسيمة التي يمكن أن يرتكبها البنك اتجاه العميل، في ما يخص القيام بالعمليات المصرفية الالكترونية، عدم إيقاف العمل على البطاقة البنكية، رغم ابلاغ العميل البنك عن ضياعها أو سرقتها، مما قد يسبب للعميل ضررا بالغا نتيجة ضياع مبالغ مالية قد تكون كبيرة.

ومن الاخطاء الجسيمة التي يمكن أن يرتكبها البنك أيضا والتي تؤدي إلى قيام مسؤوليته التقصيرية، حالة إدلاء البنك الالكتروني للعميل قبل التعاقد بمعلومات خاطئة، تتسبب في إلحاق ضرر

---

[1]- محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 46.

[2]- تقابلها الفقرة الثانية من المادة 178 من القانون المدني الجزائري التي تنص على: "وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي، ما نشأ عن غشه أو خطئه الجسيم، غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه".

[3]- نقض مدني مصري طعن رقم 949، السنة القضائية 74، جلسة 28 اكتوبر 2003، مجموعة أحكام النقض الصادرة عن الهيئة العامة للمواد المدنية من الدوائر المدنية والتجارية ودائرة الاحوال الشخصية، المكتب الفني، السنة 54 من يناير إلى ديسمبر 2003، ص 1226.

للعميل. ففي هذه الحالة لا يستطيع البنك دفع مسؤوليته بالاعتماد على بنود العقد، التي قد يكون أشار فيها للإعفاء من المسؤولية، إذا كان العقد يتضمن مثل هذه الشروط. وذلك لأن ارتكاب البنك للخطأ كان قبل ابرام العقد المصرفي الالكتروني، ومن ثم فإن حجية هذا العقد تبدأ من تاريخ ابرامه ابراما صحيحا ولا تمتد لما قبل انعقاد العقد، فالعميل في هذه المرحلة يعتبر من الغير بالنسبة للبنك الذين يتوجب عليه عدم الإضرار بهم. وفي حالة وقوع الضرر فإن البنك يسأل مسؤولية تقصيرية لا عقدية.

ومن الحالات التي يمكن أن يسأل فيها البنك على أساس المسؤولية التقصيرية رغم وجود العقد، إذا قضى ببطلان هذا العقد المصرفي الالكتروني الذي يربطه بالعميل، سواء كان هذا البطلان نسبيا أو مطلقا، لأن بطلان العقد يجعله في حكم المعدوم من يوم ابرامه بحيث لا ينتج أي أثر قانوني، ويكون بأثر رجعي ويعدم من يوم ابرامه[1].

بقي أن نشير إلى أن الخطأ الذي يمكن أن يرتكبه البنك ويعتبر غشا بالمفهوم الذي وضحناه سابقا، إنما يكون في معظم الحالات، ناتجا عن أخطاء الغير أو التابعين له، على غرار العمال والموظفين لدى البنك، كما قد يكون من الممثل القانوني للنبك. والسؤال الذي يجب طرحه هنا، هل هذا الغش الناتج عن سوء النية يعتبر خطأ شخصيا للبنك وبالتالي تقوم المسؤولية الشخصية للبنك ومنه وجوب إثبات الخطأ من طرف العميل؟ أم يكيف على أنه خطأ الغير؟

يرى بعض الفقه[2]، أن البنك يكون سيء النية ومن ثم ينسب الغش له، وتقوم مسؤوليته الشخصية، إذا كان الموظف الذي صدر عنه هذا الغش له سلطة تمثيل البنك في هذه العملية المصرفية بالذات، أو لم تكن له صفة التمثيل لكن الموظف صاحب السلطة أقره على ذلك.

وعلى هذا نفصل في مسؤولية البنك بناء على الغش، لا حقا عند الحديث عن مسؤولية البنك التقصيرية على أساس خطأ الغير أو باعتباره متبوعا.

إلى هنا يمكن القول أنه من الصعب على عميل البنك الالكتروني الاستفادة من الحماية بموجب المسؤولية التقصيرية الشخصية لأنها تقتصر على الخطأ الشخصي المنسوب للبنك فقط، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن هذا الخطأ واجب الاثبات من طرف العميل. بينما يعتبر اثبات خطأ البنك الالكتروني بمناسبة قيامه بالعمليات والخدمات المصرفية الالكترونية من أصعب الأمور، وعليه وجب علينا البحث عن إقامة مسؤولية البنك الالكتروني التقصيرية على أساس مسؤولية المتبوع، أو على أساس المسؤولية عن الأشياء.

[1]- علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 83.
[2]- علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 1215.

ب- تأسيس المسؤولية التقصيرية للبنك باعتباره متبوعا

تطبق قواعد الشريعة العامة بشأن الأعمال التي يقوم بها تابعي البنك، وذلك سواء في القانون الجزائري أو القانون الفرنسي[1]، ومن ثم يطبق نص المادة 136 من القانون المدني الجزائري والتي تقابلها المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي. واكثر حالات المسؤولية التقصيرية للمصرف تكون عن أعمال التابعين، وهنا تثور صعوبتان في العمليات المصرفية الالكترونية، الأولى في تحديد مفهوم التابع، والثانية في تحديد متى يعتبر الخطأ المنسوب للتابع قد وقع أثناء تأدية وظيفته أو بمناسبتها؟.

نص القانون المدني الجزائري على المسؤولية عن فعل الغير في المواد 134، 136 و137. وتضمنت هذه المواد صورتان لهذه المسؤولية، مسؤولية المكلف بالرقابة عن فعل الخاضع لرقابته، ومسؤولية المتبوع عن فعل التابع[2].

ويرى بعض الفقه[3] أن مسؤولية متولي الرقابة، ليست من المسؤولية عن فعل الغير، بل هي في حقيقة الأمر مسؤولية عن الفعل الشخصي. بينما تعتبر مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه فعلا من المسؤولية عن فعل الغير، لأنها تقوم على فكرة أن المضرور يرجع بالتعويض على شخص لم يخطئ، إنما غيره أي التابع، هو الذي أخطأ. كما أنه لا يمكن واقعيا تطبيق مسؤولية متولي الرقابة، المتعلقة بالسن أو الحالة العقلية أو الجسمية[4]، على إخلال البنك الالكتروني بالتزاماته تجاه العميل بمناسبة القيام بالعمليات المصرفية الالكترونية. وعلى هذا الاساس نتناول في ما يلي مناقشة مدى إمكانية إقامة مسؤولية البنك اتجاه العميل على أساس مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه؟.

بداية نشير إلى أن المسؤولية عن فعل الغير مبنية على الخطأ المفترض الذي يقبل إثبات العكس، أي بإثبات المسؤول أنه قام بما يجب القيام به، أي قام بالعناية اللازمة، وهذا بخلاف ما تقدم من المسؤولية الشخصية المبنية على الخطأ الواجب الإثبات، وبخلاف ما سيأتي من المسؤولية على فعل الأشياء المبنية على الخطأ المفترض الذي لا يقبل اثبات العكس ولا يمكن التحرر منه إلا بإثبات السبب الأجنبي[5].

---

[1]- محفوظ لعشب، القانون المصرفي الجزائري، مرجع سابق، ص 111.

[2]- إن الشريعة الاسلامية لا تقر مسؤولية الانسان عن فعل غيره، لما ورد في القرآن الكريم بما يعارضه و يبطله، في أكثر من موضع منها قوله تعالى: "ولا تزر وازرة وزر أخرى" الآية 7 من سورة الزمر. وقوله تعالى: "كل نفس بما كسبت رهينة" الآية 38 من سورة المدثر. وقوله أيضا لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت" الآية 286 من سورة القرة. وعلى ذلك لا يسأل الانسان ضرر أحدثه غيره ولو كان المحدث له غير مميز، إلا = =أن يكون ذلك عن طريق اكراهه إكراها يجعله كالآلة في يد المكره، وهو الاكراه المعتبر شرعا. وعند ذلك يكون المكره مسؤولا لتنزيله حينئذ منزل المباشر والمكره لا منزل الآلة. للتفصيل راجع محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 188.

[3]- محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 186.

[4]- تنص المادة 134 من القانون المدني على: "كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية، يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بفعله الضار. ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لابد من حدوثه ولو قام بما ينبغي من العناية".

[5]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول ، مرجع سابق، ص 991

تنص المادة 136 من القانون المدني على: "يكون المتبوع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار، متى كان واقعا منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبتها. وتتحقق علاقة التبعية ولو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه متى كان هذا الأخير يعمل لحساب المتبوع".

يتضح من نص هذه المادة أنه لقيام مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه يتوجب توفر شرطان، الشرط الأول وجود رابطة التبعية، والشرط الثاني خطأ التابع في حالة تأدية الوظيفة أو بسببها أو بمناسبتها.

والمقصود برابطة التبعية بين شخصين أحدهما متبوع والآخر تابع، هو السلطة الفعلية في رقابة وتوجيه التابع، وما يتبع ذلك عند الاقتضاء حق فصل هذه الرابطة[1]. وتقوم هذه الرابطة في معظم على الأحيان على عقد عمل، وكلما ضعفت سلطة الرقابة والتوجيه ضعفت معها علاقة التبعية، حتى إذا لم يبق لدى المتبوع سلطة كافية للرقابة والتوجيه، انعدمت معها علاقة التبعية. فالمهندسون الذين يعملون في شركة لحسابهم الخاص لا يعتبرون تابعين للشركة، كما أن الشركاء لا يعتبرون تابعين للشركة، والمقاول لا يعتبر تابعا لرب العمل، ومن ثم يتضح الفرق بين عقد العمل وعقد المقاولة[2].

وعلى هذا الاساس لا يمكن اعتبار العقد الذي يربط بين البنك الالكتروني وبقية الهيئات أو الشركات التي توفر خدمة الاتصالات أو خدمات شبكة الانترنت أو خدمة الكهرباء، إلا من قبيل عقد المقاولة.

وفي هذا المعنى قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها بقولها: "مؤدى نص المادة 174 من القانون المدني[3]، أن علاقة التبيعة تقوم على توافر الولاية في الرقابة والتوجيه، بحيث يكون للمتبوع سلطة فعلية في إصدار الأوامر إلى التابع في طريقة أداء عمله وفي الرقابة عليه وفي تنفيذ هذه الأوامر ومحاسبته على الخروج عليها"[4].

أما الخطأ الذي يرتكبه التابع فهو الانحراف عن سلوك الرجل المعتاد. ويجب أن يحدث ضررا للغير، كما يجب ان يرتكب حال تأدية الوظيفة أو بسببها أو بمناسبتها، حسب نص المادة 136 السابقة الذكر.

وقد اختلف الفقه في تكييف هذه المسؤولية والأساس الذي تقوم عليه، فمنهم من قال بأنها مسؤولية شخصية، تقوم على أساس فكرة الخطأ المفترض أو فكرة تحمل التبعة. ومنهم من قال بأنها

---

[1]- محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 206.
[2]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول ، مرجع سابق، ص 1018.
[3]- تقابلها المادة 138 من القانون المدني الجزائري.
[4]- نقض مدني مصري، طعن رقم 138، بتاريخ 1977/11/01، السنة 44، نقلا عن محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 207.

مسؤولية عن فعل الغير، تقوم على أساس النيابة القانونية، ومنهم من قال أنها تقوم على فكرة الحلول. غير أن غالبية الفقه يرى أنها تقوم على فكرة الضمان أو الكفالة[1].

بعد هذا العرض الوجيز عن المسؤولية عن فعل الغير. وإذا تبين لنا أن البنك الالكتروني يقوم بتوظيف عمال، تحت مسؤوليته، وله عليهم سلطة الرقابة والتوجيه. و يقوم هؤلاء العمال بمساعدته في القيام بمختلف العمليات والخدمات المصرفية الالكترونية لصالح الزبائن، يجدر بنا التساؤل عن مدى امكانية إقامة مسؤولية البنك الالكتروني، اتجاه العميل بمناسبة الاخلال بالالتزامات المتعلقة بالعمليات المصرفية الالكترونية، على أساس مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه؟ وبمعنى آخر هل يسأل البنك الالكتروني عن أخطاء أحد عماله باعتباره متعاقدا، أم باعتباره متبوعا؟

يرى جانب من الفقه[2] أن البنك يسأل عن أخطاء عماله التي تسبب ضررا للزبائن مسؤولية عقدية شخصية، وذلك لأن عمال البنك لا يتعاملون مع الزبون بصفة شخصية وإنما بصفتهم نائبين عن البنك الذي تربطه بعملائه علاقة تعاقدية[3].

بينما يرى جانب آخر من الفقه أنه يجب التفرقة بين خطأ مسؤولي البنك أو ممثليه القانونيين كالمدير العام والرئيس وغيرهم ممن لهم الحق في اتخاذ القرارات باسم البنك، وبين الأخطاء التي يقوم بها بقية العمال. ففي الحالة الأولى يسأل البنك مسؤولية عقدية شخصية باعتبار الفعل الضار صدار عن ممثله القانوني، كما ذكرنا ذلك سابقا، كون البنك شخصا معنويا. أما الحالة الثانية فيسأل البنك مسؤولية تقصيرية باعتباره متبوعا[4].

ونحن بدورنا نميل إلى الرأي الثاني، لأنه كما قلنا سابقا، في ظل البيئة الالكترونية فإنه من الصعب على العميل إقامة الدليل على خطأ البنك أو عماله، بموجب المسؤولية العقدية، وذلك لكونه هو الذي بحوزته كل الأدلة على العمليات الالكترونية لأنه هو الذي يشغل النظام الذي تدار عليه هذه العمليات. ومن ثم فإن إقامة مسؤولية البنك اتجاه العميل على أساس مسؤولية المتبوع على أعمال تابعه، بموجب الخطأ المفترض من طرف التابع حسب المادة 136، يوفر حماية أكثر لعملاء البنوك الالكترونية.

ويرى جانب أخر من الفقه[5] أن مسؤولية البنك تقوم حسب نظرية الكفيل المتضامن. حيث يكون المتبوع متضامنا مع التابع في الوفاء بالتزاماته بالتعويض عن الضرر. ويترتب على هذا الأساس أن

---

[1]- محمد صبري السعدي مرجع سابق، ص 222.

[2]- محمد حسين صالح طليان، مرجع سابق، ص 471.

[3]- عربي باي يزيد و بغياني وئام، **"المسؤولية المدنية للبنك"**، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المجلد 05، العدد 03، السنة 18، ص06.

[4]- محفوظ لعشب، الوجيز في القانون المصرفي الجزائري، مرجع سابق، ص111.

[5]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مرج سابق، ص 1049

عميل البنك يكون له الخيار بين الرجوع على البنك المتبوع أو الرجوع على العامل التابع. فإن رجع العميل على البنك واستوفى منه التعويض، كان للبنك الرجوع على العامل إن كان خطأه جسيما، طبقا لنص المادة 137 من القانون المدني التي تنص على: "للمتبوع حق الرجوع على تابعه في حالة ارتكابه خطأ جسيما".

غير أن رجوع العميل على العامل بالبنك الالكتروني على شبكة الانترنت، وبموجب الاخلال بالعمليات المصرفية الالكترونية التي قد تكون عابرة للحدود، غاية في الصعوبة وغير مجد من الناحية الواقعية، فالعميل بالكاد يعرف العنوان أو المقر الاجتماعي للبنك الالكتروني الذي أخل بالتزامه، في أرض الواقع، فكيف يمكنه معرفة عنوان العامل؟ وكيف يعرف أنه هو من تسبب في الضرر؟ ومن ثم يقوم برفع الدعوى عليه؟ وعليه نرى أنه لا فائدة للعميل من إقامة دعواه ضد العامل.

بقي أن نشير إلى الشرط الثاني لقيام المسؤولية التقصيرية للبنك على أساس خطأ الغير باعتباره متبوعا، والتي ذكرتها المادة 136 وهو أن يكون خطأ الموظف أو العامل أثناء القيام بالوظيفة أو بسببها أو بمناسبتها. يرى بعض الفقه[1] أن البنك يسأل عن أعمال تابعيه في الحالات التالية:

- متى وقع الفعل الضار من الموظف أثناء تأدية وظيفته أو بمناسبتها
- متى وقع خارج حدود الوظيفة ولكن لم يكن العميل عالما بخروج الموظف عن حدود هذه الوظيفة.
- تقوم مسؤولية البنك ولو أساء الموظف استخدام سلطته، مادام العميل لم يكن يعلم ذلك.
- متى كان الموظف يتعامل لحسابه الشخصي ولكن لم يكن العميل يقصد أن يتعامل معه على هذا الأساس، بل كان ينظر إلى البنك وكان لنظره ما يبرره من الظروف.
- لا يجدي البنك أن تكون اختصاصات موظفيه معلنة على الجمهور ما دام الجمهور لم يعلم بالفعل هذا التوزيع في الاختصاص.
- لا تدفع مسؤولية البنك عن أعمال المديرين، بكون سلطات المديرين محددة بنظام البنك طالما أن المدير يتصرف داخل السلطات المعتادة لأمثاله في بنوك مماثلة بحسب المألوف، تطبيقا لنظرية الظاهر.

ج– تأسيس مسؤولية التقصيرية للبنك على أساس المسؤولية عن الشيء

نص القانون المدني الجزائري على المسؤولية عن الاشياء في القسم الثالث من الفصل الثالث المعنون بـ "العمل المستحق للتعويض" من خلال الموال 138 إلى 140. ونحن من خلال هذه الفقرة نريد البحث عن امكانية اقامة مسؤولية البنك أو المؤسسة المالية الناتجة عن الاخلال بالالتزامات المترتبة عن

[1]- علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 1227.

العمليات المصرفية الالكترونية اتجاه العميل. ومن ثم إمكانية تعويضه على أساس مسؤولية البنك عن النظام الالكتروني الذي يتولى إدارته للقيام بمختلف العمليات المصرفية الالكترونية.

تنص الفقرة الأولى من المادة 138 من القانون المدني على: "كل من تولى حراسة شيء وكانت له القدرة على الاستعمال والتسيير والرقابة، يعتبر مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء".

فهذه المادة تؤسس لمسؤولية حارس الشيء عن أي ضرر يصدر من الشيء ويصيب الغير. وقد أسس بعض الفقه هذه المسؤولية على أساس الخطأ المفترض، كما أسسها البعض الآخر على أساس مخاطر المهنة. وقد قررت محكمة النقض الفرنسية في حكم بتاريخ 1986/04/06، أن القوة القاهرة فقط هي التي يمكن أن تدفع بها المسؤولية المفترضة على عاتق حارس الشيء الذي نشأ عنه الضرر[1]. إلا أنها قررت في حكم آخر لها أن حارس الشيء الذي نجم عنه الضرر يقبل منه دفع المسؤولية جزئيا بإثبات أن المضرور قد أسهم بخطئه في إحداث الضرر، ولو لم تكن شروط القوة القاهرة متوفرة في خطئه[2].

وقد قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها بتاريخ 2015/01/10، بأنه من "المقرر في قضاء محكمة النقض، أن المسؤولية المقررة بالمادة 187 (تقابلها المادة 138 في القانون الجزائري) إنما تقوم على أساس خطأ مفترض وقوعه من حارس الشيء ولا تدرأ عنه بإثبات عدم ارتكابه خطأ ما أو قيامه بما ينبغي من العناية والحيطة، إلا إذا أثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه، وهذا السبب لا يكون إلا قوة قاهرة أو خطأ المضرور أو خطأ الغير".

وعلى هذا الاساس، وفي غياب نصوص قانونية خاصة تحدد مسؤولية البنك في مثل هذه الحالات، نرى أنه يمكن تأسيس مسؤولية البنك اتجاه العميل بموجب المسؤولية عن حارس الاشياء متى توافرت شروط قيام هذه المسؤولية، وهذا أخذا برأي الذين يجيزون الخيرة بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية.

تقوم المسؤولية عن الاشياء على الخطأ المفترض، فالعميل في هذه الحالة لا يكلف اثبات خطأ البنك لأنه مفترض، و لكنه يكلف اثبات الشروط التي تحقق بها مسؤولية البنك حارس النظام الالكتروني. فيجب على العميل اثبات أولا أن البنك هو حارس النظام الالكتروني الذي أحدث الضرر، ويجب أن يثبت أيضا أن هذا الضرر قد وقع بفعل هذا النظام، وأن تدخله في إحداث الضرر كان إيجابيا. والجانب الإيجابي في هذه المسؤولية لعميل البنك أن الخطأ هنا مفترض لا يقبل اثبات العكس، فلا يجوز للبنك أن

1- نقلا عن حازم نعيم الصمادي ، مرجع سابق، ص112، نقض مدني الدائرة الثانية، بتاريخ 21 جويلية 1982، ص 449،

2- مرجع أعلاه، ص 114.

ينفي عن نفسه الخطأ بأنه قام بما ينبغي من العناية حتى لا يتسبب النظام الالكتروني في إحداث ضرر لزبائن البنك الالكتروني.

وبالعودة للمادة 138 السابقة الذكر، يتضح أن شروط قيام المسؤولية التقصيرية المؤسسة على الأشياء هي شرطان: الشرط الأول، شيء تتطلب حراسته وأن يكون الحارس عليه له سلطة الاستعمال والتسيير والرقابة. والشرط الثاني تسبب الشيء في إحداث الضرر. وعلى هذا الاساس نناقش هذين الشرطين ومدى توافرهما وإمكانية إقامة مسؤولية البنك على أساس حراسته للنظام الإلكتروني الذي تتم بموجبه العمليات المصرفية الالكترونية.

1- مدى إمكانية اعتبار النظام الالكتروني للبنك من الاشياء

يعرف الفقه[1] الشيء في سياق المسؤولية عن الاشياء على أنه: "كل شيء منقولا كان أو عقارا كبيرا كان أم صغيرا جامدا أم سائلا". وقد عد القانون المصري الآلات الميكانيكية من الأشياء وذلك لما يمكن أن تشكله من ضرر للغير[2]. وعلى هذا يمكن اعتبار كلا من الآلات الميكانيكية والكهربائية والاسلاك والغاز والزجاج والأدوات الطبية وغيرها من الاشياء[3].

وقد توسع الفقه في مفهوم الشي، فلم يعد يقتصر على الشيء الخطر الذي يكون تكوينه أو تركيبه مبعث خطورة كالأشياء الخطيرة بطبيعتها، وإنما شمل أيضا ما يمكن أن يكون خطيرا بسبب عدم تحكم الانسان فيه والسيطرة عليه سيطرة كاملة، بحيث يمنعه من الإضرار بالآخرين. أي أن مفهوم الشيء توسع ليشمل الشيء الخطير بسبب الظروف المحيطة به[4].

يقوم البنك بتنفيذ العمليات والخدمات المصرفية الالكترونية من خلال نظام الكتروني يشمل الآلات والأجهزة الالكترونية مثل الحواسب وأجهزة الدفع الالكترونية وموزعي الأوراق المالية وشبكة الهاتف والاتصالات وشبكة الانترنت وغيرها. كما يتكون النظام الالكتروني أيضا من مختلف البرامج التي تقوم بتسيير وضبط وتنسيق مختلف هذه الاجهزة الالكترونية التي تقوم بتوفير الخدمات المالية الالكترونية.

يرى البعض[5] انه يمكن اعتبار النظام الالكتروني للبنك من الاشياء التي يجب عليه حراستها، حتى لا تسبب ضررا ماليا للعميل. ومن ثم يتحمل البنك كل الأضرار التي يسببها النظام الالكتروني للبنك تأسيسا على المسؤولية على فعل الأشياء. ويرى هذا الرأي أن مفهوم الشيء يتسع ليشمل النظام الالكتروني للبنك. وأن إدراجه ضمن الاشياء التي تحتاج إلى عناية خاصة في استعمالها وصيانتها، ذلك

[1]- محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 229.
[2]- المادة 178 من القانون المدني المصري، مرجع سابق.
[3]- محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 229.
[4] شريف محمد غنام، مرجع سابق ،ص 79.
[5]- نقلا عن محمد حسين صالح طليان، مرجع سابق، ص 475.

لأن هذا النظام يحتاج إلى خبرة عالية ومهارة الشخص أو الأشخاص الذين يشتغلون عليه بشكل دقيق، فهو يحتاج إلى حرص ودقة في إدخال البيانات من طرف موظفي البنك واستعمال الأوامر الصحيحة للقيام بمختلف العمليات المصرفية التي يطلبها العميل بطريقة سليمة. كما يحتاج إلى التأكد من هوية مصدر الأمر الالكتروني ومدى توفر حسابه على السيولة المالية للقيام بالعملية المصرفية المطلوبة.

كما يحتاج النظام الالكتروني للبنك للمراقبة والصيانة اليومية والدورية لحمايته من كل إشكال الاختراق والدخول غير المشروع من طرف الغير والعبث بمكوناته وبرامجه ومن ثم تحويل أو سرقة اموال الزبائن، و/أو سرقة بياناتهم الشخصية. كل هذه الأعمال في هذه الظروف الدقيقة تجعل من النظام الالكتروني للبنك من الاشياء التي تحتاج إلى عناية خاصة، يوليها البنك أو المؤسسة المالية أو مقدمو خدمات الدفع خاصة في دول الاتحاد الأوروبي أهمية بالغة[1]. حيث يجب أن تقوم هذه المؤسسات باستعمال وتسيير هذا النظام الالكتروني والرقابة عليه في ظروف خاصة.

2- مدى تمتع البنك الالكتروني بسلطة الحراسة على النظام الالكتروني

المقصود بالحراسة في القانون المدني، أن تكون للحارس سلطة السيطرة الفعلية على الشيء والتصرف فيه في الاستعمال والتوجيه والرقابة لحسابه[2]. وبهذا فلا يشترط في الحارس أن يكون مالكا ولا حائزا، إنما الحراسة السيطرة الفعلية على الشيء قصدا واستقلالا[3]. وقد تطورت فكرة الحراسة باستبدال الحراسة المادية بالحراسة المعنوية، واستبدال الحراسة القانونية بالحراسة الفعلية. وقد ذكر بعض الفقه أن الحراسة تتكون من عنصرين، أحدهما مادي ويقتضي أن تكون للشخص سلطة في الاستعمال والتوجيه والرقابة، والآخر معنوي يقتضي أن يتجه قصد الحارس إلى استعمال هذه السلطات لتحقيق مصلحة أو فائدة شخصية تعود عليه، دون أن يكون خاضعا لرقابة وإدارة شخص آخر[4].

وقد تبنى الفقه والقضاء في البداية نظرية الحراسة القانونية، التي تقضي بأن الحارس هو صاحب السلطة القانونية على الشيء بموجب ما له من حق عيني أو شخصي عليه بناء على عقد أو نص في القانون. لكن سرعان ما انهارت هذه النظرية على أثر ما وجه لها من انتقادات، تعلقت بغياب الأساس

---

[1]- « Ces dernières années ont vu croître les risques de sécurité liés aux paiements électroniques. Cela s'explique par la complexité technique croissante de ces paiements, leurs volumes toujours croissants à l'échelle mondiale et l'émergence de nouveaux types de services de paiement. La sûreté et la sécurité des services de paiement sont vitales au bon fonctionnement du marché des services de paiement. Il convient dès lors de protéger de manière adéquate les utilisateurs contre ces risques. Les services de paiement sont essentiels au fonctionnement d'activités économiques et sociales vitales ». Considérant 7 du directive 2015/2366. op.cit.

[2]- محمد صبري السعدي-، مرجع سابق، ص 230

[3]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 1087.

[4]- محمد حسين صالح طليان، مرجع سابق، ص 488.

القانوني السليم لربط الحراسة بوجود سلطة قانونية على الشيء، فقد يسرق الشيء من مالكه فكيف يسأل هذا الأخير عن الضرر الذي يحدثه هذا الشيء وهو تحت سيطرة السارق.

وسرعان ما تحول الفقه والقضاء على أثر هذه الانتقادات إلى الأخذ بنظرية الحراسة الفعلية، والتي تتضمن بأن الحارس هو الشخص صاحب السلطة الفعلية على الشيء، على نحو يمكنه استعماله وتوجيهه والرقابة عليه بصورة مستقلة.

وقد قضت المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 01 جويلية 1981، بأن "المسؤولية لا تقع دائما على الحارس القانوني (مالك الشيء) بل تنتقل إلى من له سلطة التسيير والتوجيه والرقابة، ويدخل في هذا المعني مستأجر الآلة الذي يستعملها لصالحه"[1].

ومن ثم هل يمكن القول أن البنك الالكتروني له سلطة الحراسة على النظام الذي يتكون من أجهزة وبرامج الكترونية، رغم عدم مليكته لمختلف الشبكات التي تتم عبرها العمليات المصرفية الالكترونية، كشبكة الهاتف الثابت أو الجوال أو شبكة الانترنت، وهذا على أساس أن له سلطة استعمال وتسيير ورقابة هذه الشبكات في المجال المالي والمصرفي الذي يعنيه، وذلك من خلال استغلالها كوسيلة أو أداة للقيام بمختلف الخدمات المصرفية ؟

وقد ذكرت المادة 138 السابقة الذكر، مضمون الحراسة بأنها تشمل الاستعمال والتسيير والرقابة. والاستعمال هو استخدام الشيء باعتباره أداة لتحقيق غرض معين، ولا يشترط وجود الشيء المادي بين يدي الحارس أو وضع يده عليه، بل يكفي أن تكون له سلطة استعماله. فالمستأجر والمستعير يعتبران حارسين للشيء لأن لهما سلطة استعمال الشيء رغم عدم ملكيته. ولهذا يعتبر البنك الالكتروني حارسا لمختلف الشبكات المستعملة في العمليات المصرفية الالكترونية لأنه له سلطة استعمالها، رغم عدم ملكيتها.

فرغم كون البنك الالكتروني مرتبط بمتعهد الإيواء على شبكة الانترنت، بالعقد الذي بموجبه يلتزم هذا الأخير بتوفير وتخصيص جانب من أدواته الفنية (جهاز كمبيوتر يعمل كخادم) لاستضافة وتوطين البنك الالكتروني على شبكة الانترنت ومن ثم إدارة نظامه الالكتروني، وتخزين معلوماته فيه، إلا أن سلطة استعمال هذا الموقع تبقى حصرية للبنك الالكتروني، ومن ثم فهو حارس له.

والتسيير هو التوجيه وسلطة إصدار الاوامر عند استعمال الشيء[2]. فالتابع الذي يقود سيارة متبوعه ليس له سلطة التوجيه وإصدار الأوامر، بل هذه السلطة للمتبوع، فالتسيير لا يتطلب الحيازة.

[1]- قرار رقم 21313 مؤرخ في 01 جويلية 1981، الغرفة المدنية، القسم الثاني. غير منشور.
[2]- محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 233

أما الرقابة فيقصد بها أن يتعهد الشخص بالشيء ويقوم بفحص واصلاح واستبدال أجزائه التالفة. أي هو استخدام الشيء بطريقة مستقلة باعتبار الحارس سيدا له[1]. فالرقابة بهذا المعنى ترد على الشيء ذاته لا على استعماله.

فإذا توافرت هذه العناصر الثلاثة، تحققت الحراسة الفعلية للشخص، طبيعيا كان أم معنويا، على الشيء، ومنه قام الركن الأول للمسؤولية، حسب مفهوم المادة 138 أعلاه.

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن: "حارس الأشياء الذي يفترض الخطأ في جانبه على مقتضى نص المادة 178 من القانون المدني، هو ذلك الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي تكون له السلطة الفعلية على الشيء قصرا أو استقلالا –ولا تنقل الحراسة منه إلى تابعه المنوط به استعمال الشيء– لأنه و إن كان للتابع السيطرة المادية على الشيء وقت استعماله –إلا أنه إذ يعمل لحساب متبوعه ولمصلحته و يأتمر بأمره– ويتلقى تعليماته– فإنه يكون خاضعا للمتبوع مما يفقده العنصر المعنوي للحراسة ويجعل المتبوع وحده هو الحارس على الشيء كما لو كان هو الذي يستعمله – ذلك أن العبرة في قيام الحراسة الموجبة للمسؤولية على أساس الخطأ المفترض هي بسيطرة الشخص على الشيء سيطرة لحساب نفسه"[2].

الركن الثاني لقيام المسؤولية عن الاشياء هو رابطة السببية، أي تسبب الشيء في إحداث الضرر. وعلى ذلك ينبغي أن يكون الضرر قد نتج عن التدخل الإيجابي للشيء. والمقصود أن تقوم علاقة السببية بين الضرر وبين تدخل الشيء الإيجابي. والقاعدة أن الشيء لا يكون قد تدخل تدخلا إيجابيا إلا إذا كان في وضع شاذ أو غير عادي[3]. كتقديم الموزع الآلي للنقود لمبلغ أقل من المبلغ المطلوب من طرف العميل بسبب انقطاع في التيار الكهربائي، أو تحويل مبلغ مالي لغير المستفيد، بسبب خلل في النظام.

وعلى هذا الأساس فحارس الشيء لا يمكنه أن يدفع المسؤولية عن نفسه إلا بإثبات السبب الأجنبي. أي بنفي علاقة السببية بين فعل الشيء والضرر الذي وقع، و هو لا يستطيع نفي علاقة السببية إلا إذا أثبت أن وقوع الضرر كان لسبب أجنبي كالقوة القاهرة أو الحادث المفاجئ أو خطأ العميل. وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 138: "ويعفى من هذه المسؤولية الحارس للشيء إذا أثبت أن ذلك الضرر حدث بسبب لم يكن يتوقعه مثل عمل الضحية أو عمل الغير أو الحالة الطارئة أو القوة القاهرة".

[1]- محمد صبري السعدي، مرجع ساب، ص 234.
[2]- نقض مدني مصري، جلسة 25 مارس 1965، المكتب الفني، السنة 16، ص 296. مرجع سابق.
[3]- محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 236.

والملاحظ أن الأصل هو افتراض تدخل الشيء تدخلا إيجابيا في إحداث الضرر، غير أن هذا الافتراض ليس قطعيا، بل يقبل اثبات العكس من طرف المسؤول بإثبات أن تدخل الشيء كان سلبيا. فإذا أثبت ذلك انتفت قرينة الخطأ من جانبه. وذلك كإثبات البنك أن التحويل الالكتروني للمبلغ المالي لغير المستفيد، رغم اعتراف بوجود تذبذب في النظام، إلا أن ذلك كان بسبب خطأ من طرف العميل في كتابة رقم حساب المستفيد.

إذا اجتمعت أركان المسؤولية التقصيرية عن فعل الاشياء، من خطأ و ضرر وعلاقة سببية، يرى جانب من الفقه[1] أن البنك يعد مسؤولا على اساس أنه حارسا للنظام الالكتروني، وذلك باعتباره حارسا قانونيا على أساس أن له سلطة قانونية تمكنه من اصدار الأوامر لتنفيذ العمليات المصرفية الالكترونية. فالبنك يتمتع بهذه السلطة بموجب الاعتماد الذي حصل عليه لممارسة العمليات المصرفية الالكترونية، وكذا بموجب العقود التي تربطه بموردي الأجهزة والبرامج الالكترونية التي يعمل عليها النظام، وكذا العقد الذي يربطه بمتعهد الإيواء على شبكة الانترنت، فالبنك بهذه الصفة تكون له السلطة القانونية على النظام.

كما أن البنك يعتبر حارسا فعليا للنظام الالكتروني الذي يقدم من خلاله الخدمات المصرفية الالكترونية. حيث يستعمله ويمارس السيطرة الفعلية عليه من خلال الموظفين التابعين له. وإذا كانت الحيازة الفعلية غير مشروطة لقيام الحراسة القانونية، فإنها شرط لقيام الحراسة الفعلية التي تفترض الاستعمال والتوجيه والرقابة، وهي محققة في حيازة البنك للنظام الالكتروني.

غير أنه قد يحدث أن لا تجتمع لدى البنك كل سلطات حارس النظام الالكتروني، كأن تجتمع لديه سلطة الاستعمال، وسلطة التوجيه، بينما يفتقد لسلطة الرقابة على النظام الالكتروني، بأن تكون هذه السلطة لهيئة أخرى كشركة الاتصالات الالكترونية أو مقدم خدمات الانترنت مثلا، على اعتبار أن البنك لا يقوم بصيانة الشبكات. فهل يؤثر هذا النقص على اعتبار البنك مسؤولا عن حراسة النظام الالكتروني؟

يرى بعض الفقه[2] أن هذه الحالة لا تؤثر على مسؤولية البنك، اتجاه العميل، باعتباره حارسا للنظام الالكتروني، وذلك لأنه في حالة انفصال سلطتي الاستعمال والتوجيه عن سلطة الرقابة، فإن الفقه يميل إلى تغليب سلطة الاستعمال على سلطة الرقابة. فمن يستعمل الشيء يعد حارسا فعليا له، حتى ولو كانت سلطة الرقابة لشخص آخر. فحيث يكون الاستعمال تكون الحراسة الفعلية. وحتى في حالة تجزئة الحراسة ومن ثم تجزئة المسؤولية فإن البنك يظل مسؤولا عن الضرر الذي ألحقه بالعميل باعتبار أنه له سلطة الاستعمال والتوجه.

[1]- شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 89.
[2]- المرجع نفسه، ص 90.

بعد هذا العرض نرى أنه يمكن إقامة مسؤولية البنك الالكترونية التقصيرية من طرف العميل المتضرر بموجب الضرر الواقع بمناسبة القيام بالعمليات المصرفية الالكترونية على أساس أن البنك حارس النظام الالكتروني، وأن خطأ البنك هنا مفترض لا يقبل اثبات العكس، ولا يتحرر منها إلا بإثبات السبب الأجنبي.

غير أن بعضا من الفقه، ممن يرون بوجوب التفرقة بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، وممن يرون عدم إمكانية الجمع بينهما، يرون في هذا السياق، أنه لا يمكن الاعتماد على هذا الأساس لإقامة مسؤولية البنك عن حراسة الأشياء عن الاضرار التي تصيب العميل بمناسبة القيام بالعمليات المصرفية الإلكترونية، وذلك لأن المسؤولية عن حراسة الاشياء تستلزم أن يكون المضرور أجنبيا عن المسؤول، أي البنك. بينما في هذه الحالة نجد أن المضرور أي العميل دائما مرتبط بالبنك بعقد مصرفي الكتروني. وبالتالي فإن إقامة مسؤولية البنك التقصيرية على أساس المسؤولية عن حراسة الاشياء من شأنه أن يقحم قواعد المسؤولية التقصيرية داخل نطاق المسؤولية العقدية، وهذا غير صحيح مادام الضرر الذي لحق العميل كان ناتجا عن إخلال بالتزامات أوجدها العقد.

ثانيا– مدى إمكانية الجمع والخيرة بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية

يكاد يجمع الفقه[1] أنه لا يجوز لعميل البنك الجمع بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية في إقامة مسؤولية البنك. فالمطالبة بتعويض لضرر واحد عن طريق المسؤولية العقدية وآخر عن طريق المسؤولية التقصيرية غير ممكن، لأن الضرر الواحد لا يجوز التعويض عنه مرتين. كما أن الجمع بين قواعد المسؤوليتين في دعوى واحدة غير ممكن أيضا، لأن المدعى يصل الى دعوى لا هي دعوى مسؤولية عقدية ولا هي دعوى مسؤولية تقصيرية. وذلك لأن لكل من الدعويين خصائص محددة تختلف عن الدعوى الاخرى. كما أن الجمع بين الدعويين، بمعنى أن عميل البنك إذا خسر احدى الدعويين في مواجهة البنك يقوم برفع الدعوى الأخرى، غير ممكن كذلك، لأن قوة الشيء المقضي فيه تحول دون ذلك.

غير أن التساؤل الذي يجب طرحه في هذا المجال هو: هل تجوز الخيرة بين المسؤوليتين، فيختار عميل البنك الدعوى التي يراها مناسبة أو الأصلح لإقامة المسؤولية المدنية للبنك أو المؤسسة المالية، وذلك عند توافر شروط كلا الدعويين؟

[1]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق، ص 757.

انقسم الفقه والقضاء بل وحتى التشريع إلى مذهبين، احدهما يجيز الخيرة والثاني لا يجيزها[1]. نورد أدلة الرأيين باختصار، لنحاول أن نسقط الرأي المناسب على المسؤولية على العمليات المصرفية الإلكترونية.

أ- المذهب الذي يجيز الخيرة بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية

يستند المذهب الذي يجيز الخيرة بين المسؤولية المدنية والمسؤولية التقصيرية إلى عدة حجج وأدلة أهمها، أنه متى توافرت شروط دعوى معينة، عقدية كانت أم تقصيرية، فإنه يمكن أن ترفع، هذا هو المنطق السديد. ثم إن المسؤولية التقصيرية من النظام العام، فلا يجوز الاتفاق صراحة أو ضمنا على استبعادها، فهي الأصل والمسؤولية العقدية هي الاستثناء. وللمتعاقدين التنازل عن الاستثناء إلى الأصل. ثم إن المسؤولية التقصيرية موجودة قبل العقد، وتسري أحكامها على المتعاقدين، فإذا تعاقدا فهما يضيفان شيئا جديدا ولكن لا يلغيانها. كما أن نص المادتين 124 و168 من القانون المدني الجزائري وردتا بصيغة عامة، بحيث يفهم منهما أنهما يمكن تطبيقهما على المتعاقدين وغير المتعاقدين[2].

ويضيف أنصار الخيرة أن النصوص القانونية الواردة في بنود العقد تحتفظ بصبغتها القانونية رغم الاتفاق عليها بين المتعاقدين، ومخالفتها ترتب المسؤولية التقصيرية. كما أنه يجوز للمتعاقدين الاتفاق صراحة على خضوعهما لأحكام المسؤولية التقصيرية، فلماذا إذا لم يصرحا بذلك لا نقول بأنهما قد اتفقا على ذلك ضمنيا؟ نذكر هنا أن من مؤيدي امكانية الخيرة بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية الأستاذ علي علي سليمان[3].

ومن التطبيقات القضائية التي تدعم هذا الرأي، حكم لمحكمة النقض المصرية، جاء في منطوقه: "إن استناد المدعي في دعواه إلى الخطأ العقدي، لا يمنع المحكمة الاستئنافية من أن تبني حكمها بالتعويض على خطأ تقصيري متى ثبت لها توافر هذا الخطأ، إذ أن استنادها إليه لا يعتبر منه تغييب لسبب الدعوى مما لا تملكه المحكمة من تلقاء نفسها، وانما هو استناد إلى وسيلة دفاع جديدة، على ما جرى به قضاء محكمة النقض"[4].

---

[1]- لتفصيل أكثر أنظر، علي علي سليمان، مرجع ساق، ص124 وما بعدها. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 758 وما بعدها.

[2]- علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 124.

[3]- المرجع نفسه، ص 131.

[4]- نقض مدني بتاريخ 27 يناير 1966، مجموعة أحكام النقض السنة 17، العدد 24، ص 82

ب– المذهب الذي لا يجيز الخيرة بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية

من الذين لا يجيزون الخيرة بين المسؤوليتين، الاستاذ عبد الرزاق السنهوري فهو لا يرى إلا تطبيق أحكام المسؤولية العقدية حال توفر شروطها[1]. ويرى رافضو الخيرة بين المسؤوليتين أن العقد شريعة المتعاقدين، ومتى اتفق المتعاقدان على عقد اصبح قانونهما الذي لا يجوز لهما مخالفته، وكل مخالفة لهذا القانون الخاص ترتب المسؤولية التي تضمنها القانون الخاص، أي العقد. كما أنه احتراما لمبدأ سلطان الإرادة يجب إعمال المسؤولية العقدية[2]. وأن دعوى المسؤولية العقدية تجب دعوى المسؤولية التقصيرية، ذلك أن أساس العلاقة بين الدائن والمدين هو العقد المبرم بينهما. وهذا يقتضي عدم مسائلة المدين إلا طبقا للمسؤولية العقدية[3].

غير أن غالبية أنصار عدم حواز الخيرة بين المسؤوليتين، أجازوا الخيرة في أحوال استثنائية. من هذه الحالات كون عدم تنفيذ العقد يعتبر جريمة جنائية. ومنها أيضا كون عدم تنفيذ العقد يعتبر غشا أو خطأ جسيما. ومن الحالات التي يرى الفقه أنه يجوز فيها الخروج عن المسؤولية العقدية إلى المسؤولية التقصيرية، كون أحد طرفي العقد مهني على غرار البنك، ففي حالة ارتكاب المهني لخطأ مهنيا يجيز القضاء الفرنسي الرجوع عليه طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية رغم وجود عقد يربطه بعملائه. وذلك لأن المهنيين مطالبون ببذل عناية لا تقل عن عناية الرجل العادي في ممارسة مهنتهم[4].

وقد حاول البعض الجمع بين الرأيين، بالقول أنه إذا تضمنت بنود العقد نصا قانونيا، جاء في العقد كما هو بدون تغيير، وترتبت مسؤولية مدنية عن الاخلال بهذا النص، فإنها تكون مسؤولية تقصيرية على أساس أن هذا الالتزام جاء نتيجة نص قانوني، ولا دخل لإرادة الطرفين فيه. بينما تقوم المسؤولية العقدية بموجب الاخلال بالالتزام، إذا قام الطرفان بتعديل النص القانوني بالزيادة أو النقصان، فإن الالتزام في هذه الحالة ناتج عن إرادة الطرفين و ليس عن القانون[5].

وعلى أية حال، فمادام هناك فسحة في الموضوع بتعدد من الآراء بين المؤيد للخيار وبين رافض له، ونتيجة صعوبة تحقق شروط المسؤولية المدنية والتقصيرية في المنازعات الناشئة عن العمليات المصرفية الإلكترونية، في نفس الوقت، فإننا نرى أنه لا يوجد مانع من إعطاء عميل البنك الإلكتروني

[1]- يقول الاستاذ السنهوري في هذا الصدد: إن الالتزام العقدي الذي صار المدين مسؤولا عن تنفيذه لم يكن قبل العقد التزاما في ذمته. فلو فرض أنه قبل إبرام العقد لم يقم به، لم يكن مسؤولا عن ذلك، لا مسؤولية عقدية لأن العقد لم يبرم ولا مسؤولية تقصيرية، إذ لا خطأ في عدم قيامه بأمر لم يلتزم به. الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 757.

[2]- يقول "جوسران" وهو من أشد أنصار عدم الخيرة، "أن المسؤولية التقصيرية وضعت أحكامها للغير لا للمتعاقدين، ولا يسوغ أن يكون المتعاقدان من الغير، ولذلك فصل المتعاقدان لهما ثيابا خاصة بدلا من الثياب الجاهزة، ولا يسوغ أ، نفرض عليهما ثيابا لم يختاراها"، علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 126.

[3]- محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 21.

[4]- ومن التشريعات التي تقبل الخيرة بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، القانون الألماني، القانون السويسري و القانون الانجليزي، وتشريع الولايات المتحدة الأمريكية. علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 131.

[5]- محمد حسين صالح طليان ، مرجع سابق، ص 466.

امكانية استعمال قواعد احدى المسؤوليتين للتعويض عن الضرر الذي أصابه بمناسبة قيام البنك بالعمليات المصرفية الالكترونية.

ج- فائدة التحول من المسؤولية العقدية إلى المسؤولية التقصيرية بالنسبة لعميل البنك

رأينا سابقا أن بعض الفقه وحتى التشريع وبعض الأحكام القضائية تسمح بالخيرة بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، من أجل التعويض عن الاضرار التي تصيب أحد طرفي العقد. لكن التساؤل الذي يجب أن يطرح في هذا الصدد هو ما هي المصلحة التي يمكن أن يجنيها عميل البنك من إقامة دعوى المسؤولية التقصيرية في مواجهة البنك بمناسبة القيام بالعمليات المصرفية الالكترونية؟

كما ذكرنا ذلك سابقا، أن إقامة المسؤولية العقدية أفضل لعميل البنك، كأصل عام، لاستفاء حقوقه بمناسبة العمليات المصرفية الالكترونية، بناء على العقد المصرفي الالكتروني الذي يربط بينهما. وذلك لأنه في هذه المسؤولية يقع على عاتق المدين أي البنك إثبات أنه قام بتنفيذ الالتزام، بعد أن يثبت العميل قيام العقد الصحيح بينهما. بينما في المسؤولية التقصيرية، يجب على العميل اثبات عدم تنفيذ الالتزام من طرف البنك، أي يجب على العميل اثبات خطأ البنك بموجب تنفيذ العمليات المصرفية الالكترونية، وهذا خاصة في حالة المسؤولية الشخصية. ولهذا فإن القضاء الفرنسي كثيرا ما يتحول من المسؤولية التقصيرية إلى المسؤولية العقدية كما فعل في انشاء الالتزام بالسلامة على عاتق الناقل[1].

ولقد ذكر بعض الفقه[2]، بعضا من الحالات التي يمكن أن تكون فيها مصلحة في العدول عن المسؤولية العقدية إلى المسؤولية التقصيرية. نحاول اسقاطها على عقود العمليات المصرفية الالكترونية بين البنك أو المؤسسة المالية وزبون البنك.

يكون من مصلحة عميل البنك التحول إلى المسؤولية التقصيرية في حالة كون العقد المصرفي الالكتروني تضمن التخفيف أو الاعفاء من مسؤولية البنك، بمناسبة تنفيذ العمليات المصرفية الالكترونية. وهذا ما سمح به المشرع الجزائري في العقد بموجب المادة 178 من القانون المدني[3]. لكن هذا الشرط غير ممكن في المسؤولية التقصيرية. كما قد يكون ذلك عندما يتضمن العقد شرطا من الشروط التعسفية. وذلك على غرار ما جاء في عقد حامل بطاقة فيزا الدولية التي يسوقها القرض الشعبي الجزائري، والتي تنص على: "تبقى البطاقة ملك القرض الشعبي الجزائري الذي يحتفظ بحق استرجاعها في أي وقت أو

[1]- علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 132.
[2]- المرجع نفسه، ص 132.
[3]- تنص الفقرة الثانية من المادة 178 على: " وكذلك يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي، إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم..."

عدم تجديدها دون تقديم سبب لذلك. ونتيجة لذلك يلزم صاحب البطاقة أن يرجعها بعد تبليغه بسحبها بواسطة رسالة مضمنة"[1].

فالبنك بموجب هذا العقد أعطى لنفسه حق سحب البطاقة في أي وقت ودون أن يكلف نفسه البحث عن المبرر لحامل البطاقة، الأمر الذي قد يحدث ضررا للحامل لارتباط مصالحه المالية بها. ولقد تم النص على ذلك في العقد الذي يريد من خلاله البنك اعفاء نفسه من المسؤولية بموجب هذا النص.

ومن مصلحة عميل البنك الالكتروني التحول من المسؤولية العقدية إلى المسؤولية التقصيرية ليحصل على مقابل ما حدث له من ضرر، كما في حالة الشرط الجزائي الذي يحدد قيمة التعويض في العقد عن الضرر الذي يصيب أحد المتعاقدين. ففي حالة تجاوز قيمة الضرر ما هو محدد في العقد لا يمكن العميل مطالبة البنك بموجب المسؤولية العقدية لأكثر من هذا المقدار، إلا أذا اثبت أن البنك ارتكب خطأ جسيما حسب نص المادة 185 من القانون المدني[2].

ومن ذلك أنه إذا تم تكييف التزام البنك على أنه بذل عناية، فإن على عميل البنك بموجب المسؤولية العقدية أن يثبت أن البنك لم يبذل العناية اللازمة للقيام بالعملية المصرفية الالكترونية، وهذا يعتبر مرهقا للعميل، كون كل عناصر الاثبات الالكتروني في حوزة البنك الالكتروني. لكن إذا كان الضرر قد حدث للعميل بفعل شيء في حراسة البنك أو بفعل تابع له، فإن من مصلحة العميل اللجوء إلى المسؤولية التقصيرية، لأن خطأ البنك مفترض في المسؤولية عن الاشياء لا يدحض إلا بإثبات السبب الاجنبي. كما أن خطأ المتبوع غير قابل لإثبات العكس تماما من طرف التابع. ومن هنا تكون المسؤولية التقصيرية للعميل أفضل لأنه سيعفى من اثبات خطأ البنك.

من جهة أخرى تنص الفقرة الثانية من المادة 182 من القانون المدني على: "غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد". ولهذا فمن مصلحة الزبون المطالبة بالتعويض بناء على قواعد المسؤولية التقصيرية التي تسمح بالتعويض عن الضرر المتوقع وغير المتوقع. ورغم إجماع الفقه الفرنسي على عدم التعويض عن الضرر غير المباشر، إلا أن رأيا في هذا الفقه يرى وجوب التعويض حتى عن الضرر غير المباشر[3].

وفي نطاق تنازع القوانين، كما سنرى ذلك لاحقا في فصل منازعات العمليات المصرفية الالكترونية، فإنه يحق للمتعاقدين الاتفاق على القانون الواجب التطبيق طبقا للمادة 18 من القانون

[1]- المادة 3، عقد حامل بطاقة ق.ش.ج- فيزا الدولية.

[2]- تنص الممادة 185 من القانون المدني على: "إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحددة في الاتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما".

[3]- علي علي سليمان، مرجع سابق، ص134.

المدني، وهذا تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة. غير أنه قد يحدث أن يكون القانون المختار أقل انصافا لزبون البنك، ومنه يمكن العدول إلى المسؤولية التقصيرية، إذا كان هذا الالتزام في نفس الوقت يمثل فعلا ضارا، وذلك بتطبيق قانون البلد الذي وقع فيه الالتزام حسب نص المادة 20 من القانون المدني[1]، والذي قد يكون أكثر انصافا لزبون البنك، خاصة إذا كان هذا الأخير مستهلكا أو كانت القيمة المالية للالتزام قليلة.

ونحن في هذه الدراسة لا نريد أن نميز كثيرا بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية في تحمل تبعات العمليات المصرفية الالكترونية، وهذا هو الاتجاه الحديث الذي يريد اقامة المسؤولية المدنية بطريقة مستقلة عن هذا التقسيم التقليدي السابق للمسؤولية المدنية. وما يعنينا في هذا المقام هو البحث عن الاسس التي يمكن إقامة مسؤولية البنك عليها اتجاه العميل، بمناسبة القيام بالعمليات المصرفية الالكترونية[2].

أخيرا يمكن القول أنه نظرا للصعوبات الكبيرة في إقامة مسؤولية البنك على أساس الخطأ، ونظرا للتطور الكبير الحادث في ميدان الاعلام والاتصال وما رافق ذلك من استعمال البنوك لتقنيات ووسائل الاتصال الالكتروني تكون تحت إدارتها، وما نتج عنه من مخاطر كبيرة على الشبكة العنكبوتية، تتعلق أساسا بحالات الاعتداء على الحسابات المصرفية للعملاء، والخسائر الكبيرة للأموال، مع عدم إمكانية قيام مسؤولية البنك على أساس الخطأ، لأنه في حقيقة الأمر لم يقوم بأي خطأ، ظهر رأي ينادي بإقامة مسؤولية البنك على العمليات المصرفية الالكترونية بدون خطأ، أي على أساس نظرية المخاطر.

الفرع الثالث

المسؤولية المدنية للبنك على أساس نظرية المخاطر (نظرية التبعة)

تناولنا فيما سبق المسؤولية المدنية للبنك، اتجاه العميل، عن الإخلال بالعمليات المصرفية الالكترونية، القائمة على أساس فكرة الخطأ، الواجب الاثبات أو المفترض القابل لإثبات العكس أو غير القابل لا ثبات العكس، ولا يكون حينئذ للبنك إلا إثبات السبب الأجنبي للتحرر من هذا الالتزام. ورأينا أن المسؤولية على أساس الخطأ لا يمكن أن تحقق الحماية الكافية للعميل وذلك لأن البنك يمكنه التحرر منها بإثبات خطأ العميل أو الغير أو بإثبات القوة القاهرة أو الحادث الفجائي.

---

[1]- تنص الفقرة الأولى من المادة 18 من القانون المدني على: "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كان له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد".

[2]- حازم نعيم الصمادي، المسؤولية في العمليات المصرفية الالكترونية، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان، 2003، ص 109.

وعلى هذا الاساس، وتفاديا للانتقادات الموجهة لنظرية المسؤولية على أساس الخطأ نواصل البحث عن إمكانية قيام مسؤولية البنك بموجب الاخلال بالعمليات المصرفية الالكترونية بدون خطأ، ونتناول ذلك من خلال نظرية المخاطر [1].

نتناول الحديث عن مسؤولية البنك الالكتروني عن العمليات المصرفية الالكترونية على أساس نظرية المخاطر من خلال الحديث عن مضمون نظرية المخاطر، ثم مدى امكانية تطبيق هذه النظرية على العمليات المصرفية الإلكترونية.

أولا– مضمون نظرية المخاطر كأساس لمسؤولية البنك

شن أصحاب نظرية المخاطر أو نظرية تحمل التبعة حربا ضارية ضد فكرة الخطأ التي تقوم عليها المسؤولية المدنية عموما، وكان لها دور هام في تغييرات كبيرة في الفقه والقضاء والتشريع[2]. فقد ظهر قصور في النصوص القانونية الفرنسية عن تغطية ما جد من حوادث لم تكن معروفة من قبل، وأصبح من غير المنطقي أن يطالب العمال الضعفاء بإثبات خطأ أصحاب المصانع الكبرى طبقا لأحكام المادتين 1382 و1383 من القانون المدني الفرنسي[3].

ولقد قامت المسؤولية على أساس المخاطر في المرحلة الأولى على أساس الغرم بالغنم، ثم تطورت في مرحلة ثانية على أساس الخطأ المستحدث، ثم انتهت في مرحلة ثالثة إلى التوفيق بين الخطأ والخطر والابقاء على فكرة الخطأ إلى جانب الخطر. ومن ثم انتشرت هذه النظرية وأخذت بها كثير من التشريعات الغربية ومنها أو العربية[4].

وأساس هذه النظرية هو المسؤولية الموضوعية وليس المسؤولية الشخصية. فالمسؤولية الشخصية تقوم على الخطأ، حتى و لو كان مفترضا، أو كان يقبل اثبات العكس، فأساس المسؤولية هنا الخطأ وليس الضرر، والمسؤول هنا هو الحارس وليس المنتفع. أما المسؤولية الموضوعية فتقوم على الضرر لا على الخطأ والمسؤول هنا هو المنتفع وليس الحارس. ويترتب على هذا أن المدين على أساس المسؤولية الشخصية يمكن أن يدفع عن نفسه المسؤولية بأثبات خطأ الدائن أو الغير أو بإثبات القوة القاهرة، فالمدين له دائما إمكانية التحرر من المسؤولية. أما المسؤولية الموضوعية، أي المسؤولية على أساس المخاطر،

---

[1]- تسمى أيضا نظرية تحمل التبعة، والمسؤولية بدون خطأ و المسؤولية الموضوعية. أنظر علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 150 وما بعدها، حازم نعيم الصمادي، مرجع سابق، ص 122، شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 101.

[2]- علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 150.

[3]- حاول المشرع و الفقه والقضاء الفرنسي أن يخففوا من غلواء شروط الخطأ في المسؤولية العقدية الذي اشترطه نابليون في المواد من 1382 إلى 1386، وحاولوا إيجاد تخريجات كثيرة لمساءلة الفاعل عن الضرر الناشئ بفعله أو بفعل تابعه أو بفعل الشيء الذي تحت حراسته بعيدا عن شرط الخطأ، ولم تجد هذه المحاولات جدى كون فكرة الخطأ لا زالت تبسط بظلالها على المسؤولية المدنية في القانون الفرنسي. نوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص 1814.

[4]- من ذلك المادة 235 من القانون المدني الأردني التي أخذت بفكرة الغرم بالغنم، و كذلك المادة 275 التي أسست المسؤولية على فكرة، إذا كان الفعل مفضيا إلى ضرر.

فلا يستطيع المدين دفع هذه المسؤولية بنفي الخطأ عنه، بل حتى بإثبات السبب الأجنبي مادام الضرر قد وقع فعلا نتيجة أو بمناسبة نشاطه، ولو بدون خطأ[1].

ولقد أخذ القضاء .بنظرية المخاطر في العمل المصرفي، ومنها ما قضت به محكمة النقض المصرية فيما يتعلق بوفائها بالشيك المزور. حيث حملت البنك المسؤولية على أساس أن ذّلك يعود لمخاطر المهنة التي تمارسها البنوك، وهي مخاطر مهما بلغت لا تتناسب البتة مع المزايا التي تعود على البنك، من تدعيم الثقة فيه وبث روح الاطمئنان لدى الجمهور ومن ثم المزيد من العملاء والمزيد من الربح. ولقد نطقت المحكمة بأنه: "متى كان الأصل أن ذمة البنك المسحوب عليه لا تبرأ قبل عميله إذا أوفى بقيمة الشيك مذيلا بتوقيع مزور على الساحب باعتبار أن هذه الورقة تفقد صفة الشيك، بفقده شيئا جوهريا لوجودها وهو التوقيع الصحيح للساحب، فلا تعدم القرينة المقررة في المادة 144 من قانون التجارة. وتعتبر وفاء البنك بقيمة الشيك وفاء غير صحيح حتى ولو تم الوفاء بغير خطئ منه. إلا أن ذلك مشروطا بألا يقع خطأ من جانب العميل الثابت اسمه بالشيك وإلا تحمل الأخير تبعية خطئه"[2].

كما أخذ القضاء الأردني أيضا بنظرية المخاطر في موضوع الشيك المزور، ومنه ما قضت به محكمة التمييز الأردنية بقولها: "يعتبر البنك مهملا ومسؤولا عن إهماله وتقصيره لعدم اتخاذ الحيطة والحذر عند صرف الشيكات المزورة، إذا لم يرتكب المدعي أي خطأ ولم تصدر الشيكات عنه ولا علم له بها. وعملا بأحكام المادة 270 من القانون التجارة فإن الوفاء بقيمة تلك الشيكات المزورة لا يبرئ ذمة البنك لأن الشيك المزور لا حجية له على من نسب إليه، وبالتالي فإن تبعة الوفاء بقيمته تقع على البنك المسحوب عليه مهما بلغت درجة اتقان التزوير باعتبار أن ذلك من مخاطر المهنة"[3].

ثانيا– نظرية المخاطر كأساس لمسؤولية البنك عن العمليات المصرفية الالكترونية

يرى بعض الفقه[4] أن إقامة مسؤولية البنك على أساس نظرية المخاطر تعد الوسيلة الناجعة والعادلة في توفير الحماية الكافية للعميل بمناسبة العمليات المصرفية الالكترونية. وذلك على أساس أن البنك شخص مهني محترف لهذه العمليات المصرفية، ولا بد أن يكون مدركا لمخاطر تلك العمليات والأنظمة الالكترونية التي تنفذ من خلالها، وهو مطالب باتخاذ كافة الوسائل والاحتياطات اللازمة لاجتناب الأخطار الناجمة عنها، كما أن البنوك الالكترونية تجني من وراء تلك العمليات الالكترونية الأرباح الكثيرة، ذلك أنها تستخدم أقل عدد مكن من العمال والمقرات لكون معظم أعمالها على الشبكة.

[1]- حازم نعيم الصمادي، مرجع سابق، ص 124.
[2]- نقض مدني، جلسة بتاريخ 1977/03/07، السنة القضائية 28، مجموعة أحكام النقض الصادرة عن الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية ودائرة الاحوال الشخصية، المكتب الفني الجزء الأول، من يناير إلى يونيو 1977، ص 619.
[3]- قرار رقم 70/246، تمييز حقوق، مجلة نقابة المحامين، سنة 1970، الأردن ص 912.
[4]- أنظر لدى محمد حسين طليان، مرجع سابق، ص 511، شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 106.

كما أن تحمل البنك الالكتروني مسؤولية الإضرار الناتجة عن العمليات المصرفية الالكترونية من شأنه أن يدعم الثقة في هذا النظام الالكتروني وفي البنوك العاملة عليه، ومن ثم توسع وانتشار هذه الخدمات خاصة في الدول التي هي في طريق النمو، أو التي لا تزال أنظمتها المصرفية بعيدة جدا عما وصلت إليه الدول المتقدمة في هذا الميدان. في حين لو تم تحميل العملاء نتيجة هذه المخاطر فإنهم سيحجمون عن استعمال هذه الوسائل الالكترونية في مختلف الخدمات المصرفية، ومن ثم العودة للوراء إلى زمان الأوراق والكتابة الخطية والتوقيع باليد.

ثم إنه على البنك أن يتحمل المسؤولية حتى ولو كان الضرر ناتجا عن الوسيلة أو الأداة الالكترونية التي يحوزها ويسيطر عليها هو وليس العميل، لأن هذا الأخير ليس هو منشئ الخطر بإصدار الأوامر الكترونيا للبنك، فهو لم يفعل اكثر من استعمال الوسيلة التي وضعها البنك في يده على غرار الشيك والسفتجة وغيرهما في العمليات البنكية التقليدية. وعليه فقبول البنك التعاقد مع العميل للاستعمال هذه الوسائل والادوات الالكترونية للقيام بالعمليات المصرفية، إنما يكون قد وافق ضمنيا على تحمل تبعات ومخاطر استعمال هذه الوسائل الإلكترونية.

ولقد قضت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر سنة 1980 بأنه: "يجب على البنك أن يتحمل المخاطر التي يفترض عليه أنه قبلها عندما استخدم نظام الشيكات الالكترونية الصادرة من بنك آخر بخلاف البنك المسحوب عليه"[1]. فالمحكمة في هذه القضية لم تأسس مسؤولية البنك على الأخطاء التي ارتكبها النظام الالكتروني للبنك أثناء صرف هذه الشيكات، إنما أسستها على فكرة المخاطر، فالبنك يجب أن يتحمل مخاطر نشاطه.

ولقد أخذت بنظرية المخاطر في المجال المصرفي الالكتروني التوصية الأوروبية رقم 590/88 المتعلقة بأنظمة الدفع وعلى الخصوص العلاقات بين حامل ومصدر البطاقات البنكية[2]. حيث نص البند 7.1 من ملحق التوصية على أن مصدر البطاقة يكون مسؤولا في مواجهة الحامل المتعاقد، على عدم التنفيذ أو التنفيذ الخاطئ لعمليات الدفع الالكتروني وسحب الأوراق المالية من الموزعات الآلية ، حتى في الحالات التي تكون العملية منجزة على جهاز الكتروني، وحيث لا تكون لمصدر البطاقة السيطرة المباشرة والحصرية عليه.

غير أن بعض الفقه يرى أن هذه التوصية أثقلت كاهل البنوك التي تقوم بالعمليات المصرفية الإلكترونية، وخاصة مصدري البطاقات البنكية الالكترونية، بإلزامها بتعويض الحامل عن الأضرار التي

---

[1]- نقلا عن شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 108.

- [2]- Recommandation N° 88/590 , du 17 novembre 1988 , concernant les systèmes de paiement et en particulier les relations entre titulaires et émetteurs de cartes. Disponible sur le site : https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR

أصابته جراء نشاط البنك في حالة استعمال الأجهزة الالكترونية في تنفيذ عملياته. ويتأسس التزام البنك في هذه الحالة حسب التعليمة السابقة على فكرة المخاطر، حيث لا توجد أية إشارة لخطئ البنك. فالتوصية تلزم البنك بالتعويض عن الضرر الذي يصيب العميل بسبب عدم التنفيذ أو أي التنفيذ المعيب لعمليات الدفع الالكترونية[1].

وعليه وحسب نص المادة السابقة من التوصية الأوروبية 590/88، السابقة الذكر يعد البنك مسؤولا عن العمليات المصرفية الالكترونية، لا سيما:

- الخلل في شبكات الانترنت والاتصالات الخاصة بالهاتف الثابت أو المحمول، ويبدو أن هذا واضحا، حيث أن كل العمليات والخدمات المصرفية الالكترونية تتم عبر هذه الشبكات، حيث يتم الاتصال بين العميل والبنك مقدم الخمة الالكترونية، وبنك المستفيد من الخدمة عندما يكون موضوعها تحويل أموال مثلا، وكذا الوسطاء بين البنكين.
- الخلل في الأجهزة المستعملة من طرف التجار المتعاقدين مع البنك، وخاصة نهائيات الدفع الالكتروني، والموزعين الآليين للنقود والشبابيك الآلية للبنوك. بالإضافة إلى مسؤولية البنك عن البرامج والأجهزة الالكترونية واجهزة الإعلام الآلي التي تدير النظام الإلكتروني الخاص به، سواء كانت متواجدة في مقرات البنوك نفسها أو في أماكن أخرى، إذ العبرة أنها تدار من طرف البنك بمناسبة القيام بالخدمات المصرفية.
- كما يكون البنك مسؤولا عن الفشل في النظام أو الخلل في الأجهزة التي تديرها مختلف البنوك والوسطاء الذين يتعامل معهم بمناسبة القيام بالخدمات المصرفية. ومن ثم مسؤولية البنك عن مختلف الأجهزة والوسائل التي تستخدم في الدفع الالكتروني، ولو لم يكن للبنك دور رقابي عليها أو هو المسؤول المباشر عنها.

ثالثا– تقييم نظرية المخاطر كأساس لمسؤولية البنك عن العمليات المصرفية الالكترونية

لا شك أن نظرية المخاطر تعد أقرب النظريات التي يمكن أن تأسس عليها مسؤولية البنك المدنية، اتجاه العميل، عند اخلال البنك بالالتزامات المتعلقة بالعمليات المصرفية الالكترونية. وذلك راجع لبساطتها فهي تقوم على ركن أساسي هو الضرر ثم علاقة السببية بين الخطر والضرر، مع استبعاد النظر إلى خطأ البنك واحتمالاته سواء كان مفترضا أو واجب الاثبات، إذ يكفي لمساءلة البنك عن الاضرار التي يسببها للعميل ان يثبت هذا الأخير وجود الضرر ونسبته إلى البنك، وهذا سهل وبسيط في معظم الحالات.

[1]- شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 109.

غير أن هذا الحكم ليس على إطلاقه، فنظرية المخاطر انتقدها الفقه وهي في مهدها، و لهذا مرت بمراحل مختلفة، ميزها الاستبعاد الكلي او الجزئي لفكرة الخطأ[1]. من الانتقادات التي وجهت لها، صعوبة حصر نطاق المسؤولية الموضوعية، مما قد يؤدي إلى اضطراب العمل القضائي، وصدور أحكام متناقضة في قضايا متشابهة. كما أن هذه النظرية لا تستند إلى أساس قانوني في كثير من الدول، حيث لم يتم الأخذ بها إلا في نطاق ضيق وفي حالات استثنائية كالأضرار المهنية وحوادث العمل، وفي بعض القوانين الأخرى الخاصة[2].

لا زالت فكرة الخطأ تخيم بظلالها على المسؤولية المدنية، فكل المحاولات التي أرادت أن تبعدها عن دائرة المسؤولية الشخصية بقيت محدودة. فالمشرع الفرنسي لا زال متمسكا بفكرة الخطأ سواء في المسؤولية الشخصية أو المسؤولية عن فعل الغير أو المسؤولية عن الأشياء، ولم يقم بتعديل المادتين 1382 و1383 من القانون المدني. كما أن القضاء الفرنسي متردد في استبعاد فكرة الخطأ نهائيا من المسؤولية[3]. وعليه فكل قول بأن القانون الفرنسي استطاع تكريس المسؤولية الموضوعية في التعويض عن الضرر في العمل المصرفي أو غيره بحاجة إلى دليل لأن كلامه يصطدم بالمادين السابقتين.

كما أن الأخذ بنظرية المخاطر على إطلاقها في مواجهة المهني، سيؤدي حتما إلى انحصار النشاط المهني والتجاري والاقتصادي الحر المبني أساسا على السرعة والائتمان، ومن ثم تقاعس الاعمال التجارية وركود الاقتصاد.

ثم إن المخاطر من صميم طبيعة العمل المصرفي العادي، وتزداد هذه المخاطر بتطور الوسائل التكنولوجية ووسائل الاتصال الحديثة المستعملة من طرف البنوك الالكترونية في مختلف خدماتها المصرفية. فإذا كانت هذه البنوك هي التي تتحمل وحدها مسؤولية هذه الخدمات، رغم عدم صدور أي خطأ منها، فإن هذا من شأنه أن يؤثر على عمل هذه البنوك وخدماتها المقدمة للزبائن خاصة في ما يتعلق بخدمات الدفع الالكتروني وتحويل الأموال.

كما أن هذا من شأنه أن يهدد الثقة في الاقتصاد الرقمي، الذي تسعى مختلف الدول لدعم الثقة فيه، بإصدار مختلف القوانين التي تشجع وتحمي مختلف المتعاملين الاقتصاديين الذين يقدمون السلع

---

[1]- في المرحلة الأخيرة من مراحل تطور نظرية المخاطر، تحول عنها الكثير من أنصارها، فبعظهم ارتد عنها ورجع إلى فكرة الخطأ وحده، منهم ريبير « Ripert » في مؤلفه القاعدة الخلفية للالتزامات. والبعض الآخر رجع لفكرة الخطأ وجعلها فكرة أصيلة إلى جانب فكرة الضرر كفكرة احتياطية يلجأ إليها عندما تتطلب العدالة ذلك. وبعضهم الآخر مثل جوسران« Josserand »عاد فجعل الخطأ والضرر متساويين، و جعل لكل منها نطاقا يساوي الآخر بحيث لا يعتبر أحدهما أصليا والآخر احتياطيا وهذا أيضا رأي سافاتييه « Savatier » . ومنه فنطاق الخطأ هو المسؤولية عن الأعمال الشخصية، أما نطاق الخطر فهو المسؤولية عن فعل الغير. علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 155.

[2]- كأضرار المنشآت النووية، والطيران المدني، ووسائل النقل البرية.

[3]- نوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص 1819.

والخدمات بطريقة الكترونية عن طريق الانترنت في هذا الميدان[1]. والذي يقوم أساسا دعم التجارة الالكترونية، والخدمات على الخط وحماية المستهلك الالكتروني، من خلال توفير المناخ المناسب لممارسة النشاط على الخط. فمن خلال حماية المستهلك الالكتروني تنتعش التجارة الالكترونية. ولا يمكن ممارسة التجارة الكترونية بدون وسائل دفع الكترونية ولا وجود لوسائل الدفع الالكترونية مع غير بنوك الكترونية، أو بنوك تقليدية تقدم خدمات مصرفية الكترونية.

المطلب الثاني

إعفاء البنك من المسؤولية عن العمليات المصرفية الالكترونية

إذا توفرت جميع أركان المسؤولية المدنية من خطئ وضرر وعلاقة سببية بين الخطأ والضرر، بالنسبة للذين لا يقيمون المسؤولية المدنية إلا على أساس الخطأ، قامت مسؤولية البنك في مواجهة العميل بسبب الإخلال بالتزامات العمليات المصرفية الالكترونية، بغض النظر عن طبيعة هذه المسؤولية إن كانت عقدية أو تقصيرية وبغض النظر عن الاساس الذي قامت عليه إن كان الخطأ أو بدون خطأ. لكن قد تقع بعض الظروف تجعل البنك يتحلل من المسؤولية ويدفع بأنه بذل العناية اللازمة للقيام بالعملية المصرفية التي أمر بها العميل، لكن سببا خارجا عن إرادته، هو الذي حال دون القيام بالعملية المصرفية أو حال دون إتمامها أو القيام بها لكن بوقت متأخر. مما يدعونا للتساؤل عن الأسباب والظروف التي من شأنها أن تعفي البنوك من المسؤولية بمناسبة القيام بالعمليات المصرفية الالكترونية.

من جهة أخرى تسعى البنوك دائما إلى التحلل بشكل مسبق من أية مسؤولية يمكن أن تقع عليها من خلال إدراج شروط في عقود العمليات المصرفية الالكترونية تحمل بموجبها العميل مسؤولية الأضرار التي يمكن أن تقع عند التنفيذ الخاطئ أو عدم تنفيذ هذه العقود، وذلك بقصد أن تعفي البنوك نفسها من هذه المسؤولية أو على الأقل تخفف منها. مما يطرح التساؤل عن مدى صحة هذه الشروط التي تدرجها البنوك في العقد بقصد التحرر والاعفاء من المسؤولية؟

وعليه نتناول في هذا المطلب دراسة إمكانية إعفاء البنك من المسؤولية المدنية عند القيام بالعمليات المصرفية الالكترونية، من خلال دراسة الإعفاء القانوني في فرع أول، ثم الاعفاء الاتفاقي في فرع ثان.

[1]- Loi N° 2004-575 du 21 juin 2004, portant la confiance dans l’économie numérique (LCEN). Disponible sur le site : https://www.legifrance.gouv.fr/

الفرع الأول

الاعفاء القانوني من المسؤولية عن العمليات المصرفية الالكترونية

نصت المادة 127 من القانون المدني الجزائري عن أهم الأسباب التي يمكن أن تعفي من المسؤولية. نتناول منها ما يمكن اسقاطه على العمليات المصرفية الإلكترونية[1]. ومن هذا عند انقطاع علاقة السببية بين الخطأ والضرر بوجود السبب الأجنبي[2]. ولا يلجأ البنك كثيرا إلى السبب الأجنبي في المسؤولية عن الافعال الشخصية، لأنه يستطيع أن ينفي الخطأ عنه. أما في المسؤولية عن فعل الغير أو عن فعل الأشاء، كما رأينا سابقا، عندما يكون الخطأ مفترضا في جانبه، فإنه لا يمكنه التحلل من المسؤولية إلا بالدفع بالسبب الأجنبي[3]. ولذلك فإن البنك هنا لا يعد مسؤولا عن الضرر الذي أصاب العميل. ومن هذه الأسباب التي قد تعفي البنك من المسؤولية: خطأ عميل البنك، فعل الغير والقوة القاهرة أو الحادث المفاجئ.

أولا– الإعفاء بسبب خطأ العميل

ذكرنا سابقا عند التقديم لمسؤولية البنك الالكتروني عن العمليات المصرفية الالكترونية، أنه لا يشترط أن يكون البنك هو دائما المخل بالالتزامات الناشئة بمناسبة القيام بهذه العمليات، ومن ثم لا يمكن أن يعتبر البنك الالكتروني هو دائما المسؤول عن عدم تنفيذ العمليات أو الخدمات المصرفية، أو تنفيذها بطريقة معيبة أو متأخرة. بل قد يكون العميل هو المتسبب في ذلك بخطئه، ومن ثم تقع عليه المسؤولية وهو الذي يتحمل الضرر. فإذا لم يقع من المدعى عليه أي البنك أي خطأ، سواء كان ثابتا أو مفترضا، وكان الضرر قد وقع بفعل المضرور أي عميل البنك الالكتروني نفسه، فإن هذه الصورة تخرج عن مجال مسؤولية البنك لكونه غير مسؤول[4].

وقد قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها بتاريخ 2005/03/28 أنه: "من المقرر في قضاء محكمة النقض، أن خطأ المضرور يقطع رابطة السببية متى استغرق خطأ الجاني، وكان كافيا وحده لإحداث النتيجة، فإن ساهم فقط في احداث الضرر اقتصر أثره على تحقيق المسؤولية"[5].

---

[1]- تنص المادة 127 من القانون المدني على: "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه، كحادث فجائي، أو قوة قاهرة أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، مالم يوجد نص خاص أو اتفاق يخالف ذلك".

[2]- يقصد بالسبب الأجنبي على البنك كل فعل أو حادث لا يد له فيه، و يكون هذا السبب قد جعل منع وقوع العمل الذي أفضى إلى الضرر مستحيلا. وللسبب الأجنبي ركنان، هما السببية وانتفاء الاسناد. محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 115.

[3]- علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 197.

[4]- محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 124.

[5]- طعن رقم 5202، بتاريخ، 2008/03/28، مجموعة أحكام النقض الصادرة عن الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية ودائرة الأحوال الشخصية، المكتب الفني، السنة 56 من يناير إلى ديسمبر 2005، ص 318.

وفي هذا الإطار يلزم عميل البنك الالكتروني بمجموعة من الالتزامات بموجب الأمر بالعمليات المصرفية الالكترونية، منها خاصة المحافظة على البطاقة البنكية الالكترونية، ورقمها السري والرقم الخاص عند استعمالها للدفع على الأنترنت، كما يلزم بإخطار البنك فور ضياعها أو سرقتها، أو كشف رقمها السري، وذلك لتوقيف العمل بها.

ومن هذا ما جاء في نص المادة 69 من التوجيه الأوربي 2366/2015، المتعلق بخدمات الدفع في السوق الأوروبية الداخلية، السابق ذكره، تحت عنوان "التزامات مستعمل خدمات الدفع المرتبطة بوسائل الدفع والبيانات السرية الخاصة بها"، وضرورة استعمال وسيلة الدفع وفقا للشروط المتعلقة بإصدار هذه الوسائل واستعمالها. كما يجب عليه إخبار وبدون تأخر مقدم خدمات الدفع أو الهيئة المختصة بكل حالات السرقة والغصب وكل استعمال غير مشروع لوسيلة الدفع الالكترونية. ويجب على مستعمل وسيلة الدفع ومنذ استلامها أن يقوم بكل الاحتياطات المتعلقة بحماية وأمن البيانات الخاصة بها[1]. وعلى هذا فإن عدم قيام العميل بهذه الالتزامات الملقاة عليه بمناسبة القيام بمختلف العمليات المصرفية الالكترونية، يجعله هو المسؤول عن الضرر الذي يمكن أن يصيبه.

من جهته عقد حامل بطاقة فيزا الدولية نص في الفقرة 2.2 من المادة 5 على أن: "حامل البطاقة مسؤول على استعمال البطاقة والاحتفاظ بها وبرقمها السري"[2]. وفي حالة بطاقة الدفع والسحب، التي لا ترتبط بخط ائتمان على غرار البطاقة البينكية في الجزائر وبالطاقة الذهبية لبريد الجزائر، فإنه يجب على حامل البطاقة التأكد من كفاية الرصيد قبل القيام بأية عملية سحب أو دفع. فإذا لم يقوم البنك بتنفيذ أمر الدفع الوارد من طرف العميل بسبب انعدام أو نقص في الرصيد فإن حامل البطاقة البنكية هو المسؤول في هذه الحالة عن عدم تنفيذ العملية المصرفية وليس البنك. وفي هذا نصت الفقرة 1.2 من المادة 5 من عقد حامل بطاقة فيزا الدولية على أنه: "يجب على حامل البطاقة قبل كل سحب أو دفع، وتحت مسؤوليته أن يتأكد من وجود رصيد كاف ومتوفر في حسابه إلى حين الخصم المقابل"[3].

---

[1]- Article 69 du Directive 2015/2366:

Obligations de l'utilisateur de services de paiement liées aux instruments de paiement et aux données de sécurité personnalisées

1. L'utilisateur de services de paiement habilité à utiliser un instrument de paiement:

a) utilise l'instrument de paiement conformément aux conditions régissant l'émission et l'utilisation de cet instrument de paiement, qui doivent être objectives, non discriminatoires et proportionnées;

b) lorsqu'il a connaissance de la perte, du vol, du détournement ou de toute utilisation non autorisée de l'instrument de paiement, il en informe sans tarder son prestataire de services de paiement ou l'entité désignée par celui-ci.

2. Aux fins du paragraphe 1, point a), dès qu'il reçoit un instrument de paiement, l'utilisateur de services de paiement prend, en particulier, toute mesure raisonnable pour préserver la sécurité de ses données de sécurité personnalisées.

[2]- المادة 5، فقرة 2.2 من عقد حامل بطاقة فيزا الدولية.

[3]- وهو نفس الشرط الوارد بنص الفقرة 5 من المادة 5 من عقد حامل بطاقة الدفع البيبنكية CIB .

وفي مجال الدفع الالكتروني عن طريق الانترنت توصي البنوك الالكترونية عموما زبائنها باتباع إجراءات معينة، منها عدم التعامل مع المواقع التجارية غير الآمنة، أو التي لا تتوفر على الحد الأدنى من شروط الأمان، وضرورة الحيطة والحذر عند كتابة الرقم السري على الموقع الالكتروني أو لدى الموزعات الآلية للنقود أو عند كتابته على نهائيات الدفع الالكتروني لدى التجار. وفي هذا نص عقد حامل البطاقة الذهبية على: "على صاحب البطاقة أن يحافظ على خصوصية الرقم السري وكلمة المرور الخاصة بالدفع وعدم إخبار أيا كان بهما. كما يتوجب عليه ألا يدونها على بطاقته أو على أية وثيقة أخرى، ويتعين عليه أيضا أن يكون في منأى عن أعين الفضوليين أثناء تشكيله لهما عند إنجازه لمختلف العمليات"[1].

وعليه فإن ثبوت أي تهاون أو تقصير من طرف العميل في التزاماته المتعلقة بالعمليات المصرفية الالكترونية، من شأنه أن يؤدي إلى ضرر له، سواء اعتبر هذا الفعل من العميل خطأ أو ليس خطأ، فإن البنك يتحلل من هذه المسؤولية، ولا يلزم بالتعويض عن الأضرار الناتجة عنها[2].

لكن قد يثور تساؤل هنا عن المسؤول في حالة كون ضرر العميل، بمناسبة العمليات المصرفية، ناتج عن خطئه هو إضافة إلى خطأ البنك، أي الخطأ المشترك؟

في الواقع العملي، يندر أن يكون سلوك الدائن هو السبب الوحيد في عدم تنفيذ المدين لالتزامه، وإنما يكون المضرور في كثير من الاحيان مساهما، بنسب مختلفة في ضرره، وذلك بخطئه، أو معيقا لالتزام المدين، مما يؤدي إلى إعفاء المدين جزئيا أو كليا.

يرى الفقه أنه يجب التفريق[3] هنا بين حالتين، إذا استغرق أحد الخطائين الخطأ الآخر، أو بقي كل من خطأ البنك وخطأ العميل مستقلين عن بعضهما. إذا استغرق أحد الخطائين للآخر لم يكن للخطأ المستغرق من أثر على الآخر. فإذا كان خطأ المدعي عليه هو الذي استغرق خطأ المضرور كانت مسؤولية المدعى عليه كاملة، وإذا استغرق خطأ المضرور خطأ المدعى عليه، فإن مسؤولية المدعى عليه تنعدم لانعدام رابطة السببية. ويستغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر في حالتين: الأولى إذا كان أحد الخطائين يفوق كثيرا في جسامته الخطأ الآخر، والثانية إذا كان أحدهما هو نتيجة للآخر.

وبتطبيق هذه الحالات على خطأ كل من العميل والبنك الالكتروني، بمعيار السبب المباشر[4] للضرر نصل إلى الحالات التالية:

---

[1]- المادة 4، فقرة 2 من عقد البطاقة الذهبية لبريد الجزائر، مرجع سابق.
[2]- محمود محمد أبو فروة، مرجع سابق، ص 198.
[3]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 883.
[4]- محمد حسين صالح طليان، مرجع سابق، ص 551.

أ- خطأ العميل هو السبب المباشر للضرر الناتج عن العمليات المصرفية الالكترونية

نتناول هنا مدى امكانية إعفاء البنك الالكتروني من المسؤولية في مواجهة العميل وذلك في حالتي كون خطأ البنك نتيجة خطأ العميل، ثم تعمد العميل الخطأ بموجب الأمر بالعمليات المصرفية الكترونيا.

1- خطأ البنك نتيجة لخطأ العميل

تتجلى هذه الحالة عندما يكون كل من البنك والعميل المضرور قد ارتكبا خطأ وساهم كل منهما في إحداث الضرر للعميل. لكن الخطأ الذي ارتكبه البنك كان نتيجة مباشرة لخطئ العميل، أو كان خطأ البنك بسبب خطئ العميل. فلولا خطأ العميل لما أخطأ البنك ولما تضرر. ففي هذه الحالة يتحمل العميل كامل مسؤولية خطئه الذي استغرق خطأ البنك[1]. وبالتالي يعفى البنك من المسؤولية لانعدام العلاقة السببية.

وحسب نص المادة 177 من القانون المدني، فإنه يمكن للقاضي أن ينقص من مسؤولية المدعى عليه، أو أن ينفيها تماما إذا كان المضرور قد اشترك بخطائه في إحداث الضرر أو زاد فيه، و من ثم يمكن للقاضي أن ينقص التعويض الناتج عن هذا الضرر أو أن لا يحمكم به أصلا[2].

وفي هذا الإطار نصت الفقرة 2 من المادة 18 من قانون التجارة الالكترونية، على عدم تحميل المورد شخصيا مسؤولية تنفيذ الالتزامات المترتبة عن العقد مع المستهلك ورغم اشتراك وسطاء أو موردين آخرين في تنفيذ العملية، بسبب خطأ المستهلك، "غير أنه يمكن للمورد الالكتروني أن يتحلل من كامل مسؤوليته أو جزء منها إذا أثبت إن عدم التنفيذ أو سوءه يعود إلى المستهلك الالكتروني أو إلى قوة قاهرة"[3].

ومن الأمثلة للأخطاء التي يمكن أن يرتكبها العميل وتكون سببا في خطأ البنك بمناسبة العمليات المصرفية الالكترونية، خطأ العميل في كتابة رقم حساب المستفيد في عملية التحويل المصرفي الالكتروني. هذا الخطأ يجعل البنك ينفذ أمر التحويل لغير المستفيد الذي يقصده الأمر بالتحويل، ورغم اختلاف الاسمين، بين المستفيد الحقيقي الذي يقصده الآمر بالتحويل واسم صاحب الحساب الذي حول له البنك مبلغ المال، إلا أن المسؤولية تقع على الآمر بالتحويل المضرور الذي كتب رقم الحساب خطأ. أو

---

[1]- حازم نعيم الصمادي، مرجع سابق، ص 156.
[2]- تنص المادة 177 من القانون المدني على: "يجوز للقاضي أن ينقص من مقدار التعويض، أو لا يحكم بالتعويض إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه".
[3]- المادة 18 من القانون 15-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية، مرجع سابق.

أن يقدم العميل للمصرف بيانات خاطئة في ما يخص الاعتماد المستندي الالكتروني، ويكون تنفذي البنك لأمر العميل بها خاطئا نتيجة خطأ العميل في البيانات.

وحتى يمكن القول أن خطأ العميل قد استغرق خطأ البنك، يشترط المشرع الفرنسي أن يتصف خطأ العميل بالجسامة، حيث جاء في الفقرة الرابعة من المادة من المادة[1] L133-19 من قانون النقد والمالية الفرنسي، أن العميل لا يتحمل الخسائر الناجمة عن استخدام أداة التحويل، إلا إذا كان هناك إهمال جسيم في تنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتقه. أي أن خطأ العميل غير الجسيم لا يعفي البنك من مسؤوليته. وهذه حماية إضافية يوفرها القانون الفرنسي للعميل رغم خطئه.

وتأكيد على عدم مسؤولية البنك حال خطأ العميل، أعفت المادة L133-21، من القانون الفرنسي السابق ذكره، البنك أو مقدم خدمات الدفع الالكترونية من المسؤولية عن الخطأ في التنفيذ أو عدم تنفيذ أمر الدفع، إذا أخطأ العميل في تقديم رقم التعريف الفريد « l'identifiant unique[2] ». وبهذا يتحمل عميل البنك مسؤولية خطئه الذي كان سببا في خطأ البنك، أو مقدم خدمات الدفع الالكترونية[3]. ومع هذا يقوم مقدم خدمات الدفع بإعادة المبلغ الذي دفعه بموجب رقم التعريف الفريد الخاطئ الذي قدمه العميل. حيث يقوم مقدم خدمات الدفع للمستفيد الخاطئ بتقديم المساعدة لمقدم الخدمات الآمر بالدفع في استعادة المبلغ المالي. وفي حاله فشله في استعادة المبلغ المالي، يقدم المعلومات الضرورية التي بحوزته للأمر بالدفع الذي يمكنه رفع الدعوى أمام القضاء لاستعادة المبلغ الذي دفع خطأ. وهكذا نلاحظ أن هذه المادة فصلت وحددت مسؤولية الخطأ الناتج عن العميل الذي تسبب في خطأ البنك، كما حددت طريقة عمل البنك على استعادة المبلغ المدفوع خطأ لحساب الآمر بالدفع، أو مساعدته في اللجوء إلى القضاء حال فشل استعادة المبلغ بالطريقة الودية.

ولقد ذهبت المادة السابقة الذكر من القانون الفرنسي، إلى أبعد من إعفاء البنك من خطائه نتيجة خطأ العميل، بل نصت على إمكانية تحميل العميل مصاريف إعادة هذا المبلغ، في حالة كون اتفاقية حساب الإيداع، أو العقد الإطار الذي يربط البنك بالعميل تسمح بذلك[4].

[1] - Article L133-19.4 du C.M.F français:
Le payeur supporte toutes les pertes occasionnées par des opérations de paiement non autorisées si ces pertes résultent d'un agissement frauduleux de sa part ou s'il n'a pas satisfait intentionnellement ou par négligence grave aux obligations mentionnées aux articles L. 133-16 et L. 133-17.

[2] - Un identifiant unique, s'entend d'une combinaison de lettres, de chiffres ou de symboles indiquée à l'utilisateur de services de paiement par le prestataire de services de paiement, que l'utilisateur de services de paiement doit fournir pour permettre alternativement ou cumulativement l'identification certaine de l'autre utilisateur de services de paiement et de son compte de paiement pour l'opération de paiement.

3-Article L 133-21-2 : Si l'identifiant unique fourni par l'utilisateur du service de paiement est inexact, le prestataire de services de paiement n'est pas responsable de la mauvaise exécution ou de la non-exécution de l'opération de paiement.

[4]- Article L 133-21-2-4 du C.M.F français:

وهذه هي التفصيلات القانونية التي يجب أن تكون في القانون الجزائري، حتى تتم تحديد مسؤولية مختلف الأطراف وفي كل الحالات، حالة بحالة، عندما تكون النتيجة عدم تنفيذ عمليات مصرفية. أما أن نعتمد على النظريات العامة للقانون المدني في بيئة تقنية افتراضية جد متطورة ومليئة بالمخاطر، فإن هذا في حقيقة الأمر لن يحقق حماية للعميل ولا ينصف المصرف.

2- تعمد العميل ارتكاب الخطأ

تتجلى هذه الحالة عندما يتعمد عميل البنك الالكتروني ارتكاب الخطأ الذي يلحق به الضرر، بهدف تحميل البنك المسؤولية عن الفعل الضار، ويكون هذا عادة في حالة الغش أو سوء نية العميل. ففي هذه الحالة يستغرق خطأ العميل خطأ البنك، وتنعدم مسؤولية البنك لانتفاء السبب[1]. ومنه يكون العميل هو المسؤول عن هذا الخطأ ويتحمل وحده نتيجة الضرر الذي لحق به. فاشتراك الخطأ العمدي والخطأ غير العمدي في إحداث الضرر يؤدي إلى الأخذ بالخطأ العمدي كسبب وحيد للضرر.

ومن الحالات التي يمكن أن يتعمد فيها عميل البنك الالكتروني ارتكاب الخطأ، حالة الإبلاغ عن ضياع البطاقة البنكية الالكترونية. حيث توجب كل البنوك، كما ذكرنا ذلك سابقا، على العميل إبلاغ البنك فورا بضياع أو سرقة البطاقة البنكية، أو الرقم السري، وذلك حتى يقوم هذا الأخير بإيقاف العمل بها، تجنبا لأي عمل غير مشروع من الغير، الذي قد يقوم بأية عملية بنكية على حساب العميل. وفي هذا تنص الفقرة الأولى من المادة 11 من عقد حامل البطاقة البيبنكية CIB على أنه: "يجب على حامل البطاقة أو صاحب الحساب الإعلام فورا بضياع أو سرقة البطاقة"[2]. لكن العميل سيئ النية، ولكونه يعلم أن العمليات التي يمكن أن تقام بواسطة البطاقة، بعد إعلام البنك عن ضياعها أو سرقتها، يتحمل البنك مسؤوليتها، حسب نص الفقرة 3 من المادة 13 من عقد بطاقة CIB "العمليات التي أجريت بعد المعارضة (طلب توقيف البطاقة) على حساب البنك". يقوم العميل سيء النية قبل قيام البنك بتوقيف عمل البطاقة على النظام الالكتروني، وبعد إعلامه البنك بالضياع مباشرة بسحب مبالغ مالية، مدعيا أن الغير قام بهذا السحب. أو قد يقوم بإبلاغ البنك عن ضياع البطاقة وفي الوقت ذاته يعطي البطاقة والرقم السري لشخص آخر ليقوم بسحب الأموال من حساب العميل. على أن هذه حالات الغش هذه لا ينتج عنها فقط إعفاء البنك من المسؤولية المدنية، إنما ينتج عنها أيضا قيام المسؤولية الجزائية للعميل، كما سنرى ذلك لاحقا.

Si la convention de compte de dépôt ou le contrat-cadre de services de paiement le prévoit, le prestataire de services de paiement peut imputer des frais de recouvrement à l'utilisateur de services de paiement.

[1]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 884.

[2]- عقد حامل بطاقة الدفع البيبنكية CIB، مرجع سابق.

وعلى الرغم من خطأ العميل، حسن النية، بعدم ابلاغ البنك عن ضياع أو سرقة البطاقة البنكية أو الرقم السري، وفي سياق الحماية الكبيرة التي توفرها مختلف القوانين الحديثة للمستهلك، فأن القانون الفرنسي لم يحمل المستهلك في هذه الحالة كافة المبالغ المسحوبة من حسابه، بل حمله فقط مبلغا في حدود 50 أورو[1]. كما أعفي المستهلك حسن النية أيضا، من تحمل أي مبلغ مالي في حالة فقد أو سرقة بطاقته أو رقمه السري، إذا كان البنك أو مقدم خدمات الدفع لم يوفر الوسائل المناسبة التي تسمح للعميل بالإبلاغ عن الفقد أو السرقة فورا.

كما أن العميل سيئ النية يتحمل، حسب الفقرة 4 من المادة L133-19 من القانون النقدي والمالي الفرنسي، جميع المبالغ المفقودة من حسابه، في حالة عدم الإبلاغ بالمعارضة في الوقت المناسب، إذا كان ذلك ناتجا عن عمل احتيالي . كما يتحمل أيضا كل هذه المبالغ في حالة الخطأ الجسيم الناتج عن عدم قيامه المتعمد بالالتزامات المتعلقة بالمحافظة على وسيلة الدفع والأرقام السرية المتعلقة بها، أو عدم القيام بالإعلام عن الضياع او السرقة في الوقت اللازم[2].

ب- اشتراك البنك والعميل في الخطأ

إذا لم يستغرق خطأ العميل خطأ البنك، بمعنى أن خطأ العميل لم يكن سببا مباشرا لخطأ البنك، كما أن خطأ العميل لم يكن عمديا. يكون كل منها قد تسبب في إحداث الضرر مستقلا، وهنا يكون للضرر سببان، خطأ العميل وخطأ البنك، أو ما يسمى بالخطأ المشترك[3]. هنا يمكن أن نكون أمام حالة تعدد المسؤولين عن الفعل الضار، وعليه يكون المسؤولون عن الضرر متضامنون في التعويض عنه، مهما كان عدد المسؤولون المتضامنون، وحتى ولو كان المضرور واحدا منهم. وفي هذا نصت المادة 126 من القانون المدني على: "إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي، إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في الالتزام بالتعويض".

لكن السؤال الذي يطرح في هذا السياق هو على أي أساس يقوم القاضي بتحديد نصيب كل طرف في المسؤولية ومن ثم يقوم بتحديد نصيبه في التعويض؟ خاصة إذا كانت كلا من مسؤولية البنك ومسؤولية العميل دائما غير متساوية؟

ذكر بعض الفقه أنه إذا ساهم الغير مع خطأ المسؤول وخطأ المضرور في إحداث الضرر فتوزع المسؤولية بينهم بالتساوي، حسب نص المادة 126 السابقة الذكر. وفي هذه الحالة يرجع المضرور على

[1]- Selon l’article L 133-I du code monétaires et financier français. Op.cit.
[2]- Selon Article L 133-IV du code monétaires et financier français, op.cit..
[3]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 888.

المدعى عليه والغير بالثلثين، في حين يتحمل هو ثلث التعويض عن الضر وذلك لاشتراكه في إحداثه مع خطأ الآخرين[1].

وذكر بعض الفقه نظريتين لتحديد نسبة مسؤولية كلا من المضرور والمدعى عليه في التعويض، هما نظرية تعادل الاسباب ونظرية السبب المنتج. يمكن اسقاطهما في هذا السياق على الخطأ المشترك للبنك والعميل بمناسبة القيام بالعمليات المصرفية الالكترونية، وذلك لتحديد مسؤولية كل منهما. ولقد أخذ القضاء المصري بنظرية السبب المنتج، فقد قضمت محكمة النقض المصرية في حكم لها بتاريخ 1988/01/25 بأن: "ركن السببية في المسؤولية التقصيرية التي أقام عليها الحكم قضاء بالنسبة للطاعن، لا يقوم إلا على السبب المنتج الفعال المحدث بذاته للضرر، دون السبب العارض، الذي ليس من شأنه بطبيعته إحداث مثل هذا الضرر مهما كان قد أسهم مصادفة في إحداثه، بل كان مقترنا بالسبب المنتج"[2].

ثانيا- الإعفاء بسبب فعل الغير

حسب نص المادة 127 من القانون المدني السابقة الذكر، فإن فعل الغير يعد من الأسباب أو العوامل التي قد تعفي المسؤول عن الضرر من هذه المسؤولية. وعليه يمكن التساؤل هنا ما مدى إمكانية دفع البنك للمسؤولية عنه، بمناسبة العمليات المصرفية الإلكترونية، بمحاولة اثبات أن الغير كان سببا في هذا الخطأ؟

لا يجب أن يكون الغير، المقصود بتحميله المسؤولية هنا، من المتبوع أو من هو تحت حراسة المدعى عليه، فهؤلاء من الاشخاص الذين يسأل عنهم المدعى عليه[3]، كما وضحنا ذلك سابقا.

وعليه فالغير المقصود هنا هو كل شخص من دون البنك أو الأشخاص الذين يسأل عنهم قانونا، ومن دون العميل أو من في حكمه. فهو كل من لا تربطه بالبنك رابطة تبعية ولا اشراف. وقد اشترطت محكمة النقض الفرنسية[4] في فعل الغير لكي يكون سببا يعفي المدين من المسؤولية أن تتوفر فيه الشروط المتعلقة بالقوة القاهر[5]، وبالتالي فإن هذا الغير هو الذي يتحمل المسؤولية.

وقد يكون هذا الغير بنكا آخر أو بنك المستفيد من التحويل المالي الالكتروني أو بنك التاجر أو مقدم خدمات أو وسيط مالي. كما قد يكون مقدم خدمات الانترنت أو مقدم خدمات الإيوان أو التوطين

---

[1]- محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 132.

[2]- طعن رقم 396، بتاريخ 1988/01/25، مجموعة أحكام النقض الصادرة عن الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية ودارة الأحوال الشخصية، المكتب الفني السنة 39، الجزء الأول، من يناير إلى أفريل 1988، ص 147.

[3]- محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 130.

[4]- نقلا عن محمد محمود أو فروة، مرجع سابق، ص 200 .

[5]- نتناول شروط القوة القاهرة كظرف معفي للبنك من المسؤولية عن العمليات المصرفية الالكترونية لاحقا.

على شبكة الانترنت، أو مقدم خدمات الاتصال أو خدمات الكهرباء أو غيرها ممن يمكن أن يتعاقد معهم البنك، من أجل تسهيل القيام بمهامه البنكية.

وتظهر خطورة فعل الغير بشكل جلي وكبير في العمليات المصرفية الالكترونية التي تتم عبر شبكة الانترنت المفتوحة للجميع، أو عبر شبكات الهاتف النقال، والعدد الكبير من القراصنة الذين يحترفون مهنة اختراق مواقع البنوك والمؤسسات المالية ويقومون بتحويل المبالغ المالية الكبيرة، والعبث بالنظام الالكتروني للبنوك.

في عمليات الدفع الالكتروني عن طريق الانترنت، حيث يقوم المشتري بكتابة الرقم السري لبطاقته « PIN » من أجل القيام بعملية الشراء، ورغم أن عملية الدفع لا تتم إلا بعد كتابة رمز التحقيق من قيمة البطاقة « CVV2 »على الموقع من أجل تأكيد عملية السداد، إلا أنه هنا بالضبط تتعرض هذه المعلومات السرية للبطاقة للقرصنة، وبالتالي يمكن استخدامها من قبل الغير للقيام بمختلف عمليات الدفع المماثلة بطريقة احتيالية. وهنا يجدر بنا التساؤل هل خسارة العميل لأمواله بهذه الطريقة مسؤوليته هو أم مسؤولية البنك مصدر البطاقة، أم مسؤولية الغير صاحب المنصة أو الموقع التجاري الالكتروني أو الوسيط في العملية المصرفية؟

كما تظهر خطورة الغير في عمليات التزوير والتقليد، الكلي أو الجزئي التي يمكن أن تطال مختلف وسائل الدفع الالكترونية، كالبطاقات الالكترونية والشيكات الالكترونية وغيرها. ويظهر دور الغير أيضا في الاعتداء على الأجهزة والآلات الكترونية التي من شأنها أن تقوم ببعض عمليات الدفع، على غرار الشبابيك الألية للبنوك GAB، ونهائيات الدفع الالكترونية TPE، وغيرهما. نفصل هنا المسؤولية المدنية المتعلقة بهذه الأعمال، أما المسؤولية الجزائية الناتجة عنها فسنتحدث عنها لاحقا.

وهنا يجدر بنا التساؤل مرة أخرى عن إمكانية اعفاء البنك من المسؤولية بمناسبة عدم تنفيذ أو التنفيذ المعيب لعملية من العمليات المصرفية الالكترونية، بسبب الغير؟ وبصيغة أخرى، هل عدم إمكانية معرفة الغير المتسبب في هذا الخطأ يكون نتيجته تحمل البنك المسؤولية عن الأضرار الناتجة عن هذه العمليات الالكترونية؟

يرى بعض الفقه[1] أنه إذا وقع ضرر بالعميل، دون أي خطأ من جانب المصرف، بمناسبة عملية مصرفية الكترونية، فإن مسؤولية هذا الغير تقوم في مواجهة الدائن أو العميل ولا مسؤولية للمصرف، وذلك تطبيقا للمبدأ القانوني القائل أنه "لا يسأل أحد عن فعل غيره"[2]. وعلى ذلك فإن انقطاع التيار الكهربائي أو انقطاع خدمات الأنترنت أو تذبذبها، متى أحدثت ضررا للعميل أثناء تنفيذ عملية مصرفية

[1]- حازن نعيم الصمادي، مرجع سابق، ص 151.
[2]- المادة 288 من القانون المدني الأردني. مرجع سابق.

الكترونية، يعتبر من الأمور التي تخرج عن سيطرة البنك. وهذا الأخير لا يسأل في هذه الحالة إنما تسأل شركة الكهرباء أو شركة توفير خدمات الانترنت، مادام أن البنك أثبت أنه أتخذ من الاحتياطات المعقولة والعادية لمواجهة هذه الاحتمالات.

غير أن البعض الآخر من الفقه[1] يرى أن البنك في هذه الحالة يكون مسؤولا عن جميع الاضرار التي تقع للعميل ولا يمكن إعفاؤه منها، بحجة أنها من فعل الغير، وذلك لأن البنك ملزم بتوفير جميع الاحتياطات الأمنية اللازمة لتأمين العمليات المصرفية الالكترونية، وخاصة كما قلنا سابقا، أن العمل البنكي كعمل تجاري مبني في طبيعته على المخاطرة، التي هي صفة اساسية في العمل التجاري. وحسب نظرية المخاطر التي ذكرناها سابقا فإن البنك يتحمل المسؤولية عن مخاطر المهنة، اتجاه العميل مع إمكانية الرجوع على هذا الغير الذي أحدث الضرر، خاصة إذا كان الآخر مرتبطا بموجب عقد تقديم خدمات لفائدة البنك. فمسؤولية البنك قائمة في مواجهة العميل، لان هذا الأخير لا علاقة له بشركة الكهرباء أو شركة خدمات الانترنت أو الوسطاء في العملية المصرفية.

وفي هذا نص التوجيه الأوروبي 2366/2015 المتعلق بخدمات الدفع، السابق ذكره، أنه يجب على مؤسسات الدفع عندما تفوض القيام بخدمات الدفع للغير، أن تتخذ الاحتياطات المناسبة للسهر على احترام المتطلبات الواردة في هذا التوجيه. كما أنها تتحمل كل المسؤولية عن أفعال أجرائها أو وكلائها أو فروعها أو أية هيئة أخرى، عندما تقوم هذه الأطراف بالنشاطات المعلقة بعمليات الدفع[2].

وبحكم أن العمليات المصرفية الالكترونية معقدة وعلاقات أطرافها متداخلة نوعا ما، وعادة ما تتدخل عدة جهات للقيام بالعملية الواحدة، وخير مثال على ذلك عمليات الدفع الالكتروني، فالقيام بالعملية الواحدة يتطلب تدخل بنك الآمر بعملية الدفع و بنك المستفيد من العملية وغرفة المقاصة بين البنكين، وقد تتخل وسطاء ماليين آخرين. وفي هذه الحالة يرتبط الآمر بالعملية بالبنك الذي يدير حسابه بعقد مصرفي، بينما يرتبط المستفيد من العملية ببنكه الذي يدير حسابه بعقد مصرفي ايضا. وهذا يعني أن بنك المستفيد يعتبر من الغير بالنسبة للآمر بالعملية لأنه لا يربطه به أي عقد، ويعتبر بنك ألآمر بالعملية من الغير بالنسبة للمستفيد.

---

[1]- محمد محمود أبو فروة، مرجع سابق، ص 200.

[2]- Article 20. Responsabilité du directive 2015/2366:
1. Les États membres veillent à ce que les établissements de paiement déléguant l'exercice de fonctions opérationnelles à des tiers prennent des mesures raisonnables pour veiller au respect des exigences de la présente directive.
2. Les États membres exigent que les établissements de paiement restent pleinement responsables des actes de leurs salariés, ou de tout agent, de toute succursale ou de toute entité vers laquelle des activités sont externalisées.

ولتحديد مسؤولية مختلف الأطراف المتدخلة في عملية الدفع، أورد القانون النقدي والمالي الفرنسي بموجب تعديله لسنة 2017[1] فصلا بعنوان "المسؤولية عن عمليات الدفع غير التامة"[2] يشمل المواد من L133-21 إلى المادة L133-22-2، لم نجد له مثيلا لا في القانون الجزائري ولا في مختلف القوانين العربية، حدد فيه بالتفصيل مسؤولية كلا من بنك الآمر بالعملية وبنك المستفيد، حسب معيار المبادر بالعملية إن كان الدافع أو المستفيد.

ونظرا لأهمية هذه العملية في تحديد مسؤولية البنك والغير في حالة عدم التنفيذ أو التنفيذ المتأخر، نفصلها كما فصلتها المادة L133-22 من القانون الفرنسي السابق الذكر.

أ- في حالة كون الدافع هو المبادر بالعملية

في حالة المبادرة بعملية الدفع من طرف الدافع، يكون بنك الدافع هو المسؤول عن حسن تنفيذ عملية الدفع، في مواجهة الدافع، إلى غاية استلام مبلغ عملية الدفع من طرف بنك المستفيد. بعدها يكون بنك المستفيد هو المسؤول عن تنفيذ عملية الدفع، في مواجهة المستفيد.

وعندما يكون بنك الدافع هو المسؤول عن الخطأ في تنفيذ عملية الدفع، حسب ما تم توضيحه سابقا، يجب عليه اعادة المبلغ بدون تأخر إلى حساب الدافع. كما يلتزم بإعادة حساب الدافع إلى الحالة التي كان عليها قبل عملية الدفع الخاطئة.

في حالة كون بنك المستفيد هو المسؤول عن الخطأ في تنفيذ عملية الدفع، حسب ما تم توضيحه سابقا، يلتزم بوضع مبلغ العملية في متناول المستفيد فورا، مع إيداع مبلغ العملية في حساب المستفيد.

وفي حالة التأخر في تنفيذ عملية الدفع، يسهر بنك المستفيد، وبطلب من بنك الدافع، على أن يكون تاريخ الإيداع في حساب المستفيد، غير لاحق لتاريخ العملية لو تمت بطريقة صحيحة.

ب- في حالة كون المستفيد هو المبادر بالعملية

وفي حالة كون عملية الدفع بمبادرة من المستفيد، أو بمبادرة من الدافع الذي يعطي أمر الدفع عن طريق المستفيد (كما في حالة الدفع عن طريق البطاقة البنكية لدى التجار مثلا)، يكون بنك المستفيد هو المسؤول، في مواجهة المستفيد، عن تحويل الأمر بالدفع إلى بنك الدافع، طبقا للقواعد الجاري العمل بها، وذلك للقيام بتنفيذ عملية الدفع في الأجل المحدد.

---

[1] - Par ordonnance N° 2017-1252 du 09 aout 2017, portant transposition de la directive européenne 2015/2366 du parlement européenne et du conseil du 25 novembre 2015, concernant les services de paiement dans le marché intérieur. Disponible sur le site : https://www.legifrance.gouv.fr/

[2] - Responsabilité en cas d'opération de paiement mal exécutée.

في حالة خطأ في تحويل الأمر بالدفع، يقوم بنك المستفيد بإعادة تحويل الأمر بالدفع حالا إلى بنك الدافع، وعندها يصبح هو المسؤول عن تنفيذ عملية الدفع.

ابتداء من لحظة وضع المبلغ من طرف بنك الدافع، في حساب بنك المستفيد، يصبح هذا الأخير هو المسؤول عن تنفيذ العملية، في مواجهة المستفيد وعن اتمام عملية الدفع، في التاريخ المحدد لها.

في حالة الخطأ في تنفيذ عملية الدفع، وحالة كون بنك المستفيد غير مسؤول عن الخطأ، يكون بنك الدافع هو المسؤول، ويلتزم بإعادة المبلغ وبدون تأخر لحساب الدافع، وإعادة الحساب إلى الحالة التي كان عليها قبل إجراء العملية الخاطئة.

غير أن بنك الدافع يعفى من المسؤولية، في حالة إثبات أن بنك المستفيد قد استلم المبلغ. لكن عملية الدفع تصبح متأخرة، وفي هذه الحالة يقوم بنك المستفيد بتسجيل المبلغ في حساب المستفيد بتاريخ، قبل التاريخ المفترض للعملية لو تمت بطريقة صحيحة.

وفي حالة عملية دفع خاطئة، يقوم بنك العميل، وبطلب منه بالبحث فورا عن أثار عملية الدفع، ويبلغ نتيجة البحث إلى العميل، بدون أية رسوم، مع تحميله مسؤولية العملية الخاطئة.

تعبر البنوك ومقدمو خدمات الدفع، مسؤولة قانونيا أمام العملاء عن الرسوم والفوائد، المتحملة من طرف الزبائن، بسبب عدم اتمام عملية الدفع أو القيام بها بطريقة خاطئة أو القيام بها بوقت متأخر، بمناسبة القيام بهذه العمليات.

وهكذا نلاحظ أن القانون النقدي والمالي الفرنسيساير التطور التقني في ميدان وسائل الدفع الالكترونية، وفصل في تحديد مسؤولية مختلف الأطراف بمناسبة عملية الدفع الإلكتروني للأموال. ونحن نتمنى من المشرع الجزائري أن يساير المشرع الفرنسي في هذا الموضوع ويضبط كل العلاقات ويحدد كل المسؤوليات بمناسبة القيام بمختلف العمليات المصرفية الالكترونية، وخاصة عمليات الدفع.

ثالثا- الإعفاء بسبب القوة القاهرة أو الحادث الفجائي

للحديث عن القوة القاهرة أو الحادث الفجائي كسبب لإعفاء البنك من المسؤولية المدنية بمناسبة القيام بالعمليات المصرفية الالكترونية، نتطرق لمفهوم كلا من القوة القاهرة والحادث الفجائي والفرق بينهما، ثم نتناول شروط إعمالهما.

أ- مفهوم القوة القاهرة والحادث الفجائي في عمل البنوك

حسب نص المادة 127 من القانون المدني السابقة الذكر، تعد القوة القاهرة أو الحادث الفجائي من الأسباب أو العوامل التي قد تعفي المسؤول عن الضرر من هذه المسؤولية. وعليه يمكن التساؤل هنا ما هي القوة القاهرة وما هو الحادث الفجائي الذي يمكن أن يدفع به البنك، في مواجهة العميل، عن نفسه المسؤولية بمناسبة القيام بالعمليات المصرفية الالكترونية؟

لا يميز غالبية الفقه الحديث بين القوة القاهرة والحادث الفجائي، فكلاهما شيء واحد[1]. كما لم يميز القضاء الفرنسي ولا القضاء المصري بين القوة القاهرة والحادث الفجائي. فلقد أعطى للتعبيرين معنى واحد في معظم الأحكام. وقد تجمع العبارتين في حكم واحد. كما لم يميز الفقه في مصر أيضا بين القوة القاهرة و الحادث الفجائي، بل بالعكس وجه الفقهاء النقد للذين يقولون بوجوب التفرقة بينهما[2].

لم يعرف المشرع الجزائري ولا المشرع المصري القوة القاهرة. بينما عرفها المشرع المغربي[3] على أنها: "كل أمر لا يستطيع الانسان أن يتوقعه، كالظواهر الطبيعية وغارات العدو وفعل السلطة، ويكون من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا. ولا يعتبر من قبيل القوة القاهرة الأمر الذي كان من الممكن دفعه، ما لم يقم المدين الدليل على أنه بذل كل العناية لدرئه عن نفسه".

وعليه فالقوة القاهرة أو الحادث الفجائي هو كل سبب أجنبي يتميز بعدم إمكانية نسبته إلى المسؤول وبعدم إمكانية توقعه وعدم إمكانية دفعه. فالقوة القاهرة إذن تؤدي إلى قطع علاقة السببية بين بين الضرر والفعل الضار.

وقد نصت معظم التشريعات على اعتبار القوة القاهرة والحادث الفجائي من أسباب إعفاء المدين من المسؤولية إذا توافرت شروطها.

لم نجد في القانون الجزائري ولا في كثير من التشريعات التي لم تفرد للعمليات المصرفية ووسائل الدفع نصوصا خاصة تنظمها، نصوصا خاصة تتناول القوة القاهرة والحادث الفجائي في العمليات المصرفية تعفي البنك من المسؤولية عند حدوثها. هذا بخلاف ما هو عليه الحال في القانون الأوروبي

[1]- محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 116.
[2]- حاول بعض الفقهاء التفرقة بين القوة القاهرة الحادث الفجائي، واختلوا في ذلك. قال البعض أن القوة القاهرة هي أمر خارجي غير متصل بنشاط المدعى عليه، كالرياح و الزلزال و البراكين. أما الحادث الفجائي فيحدث من أمر داخلي متصل بنشاط المدعى عليه، كانفجار آلة أو خروج القطار عن السكة. وقال البعض: أن القوة القاهرة يستحيل دفعها استحالة مطلقة، أما الحادث الفجائي فيستحيل دفعه استحالة نسبية.
وقال البعض الآخر: أن القوة القاهرة هي التي يستحيل دفعا أما الحادث الفجائي فيستحيل توقعه. أما الرأي الغالب من الفقه ومعظم احكام القضاء فلا يفرق بينهما.
للتفصيل يمكن مراجعة عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 876، محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 117. علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 195.
[3]- الفصل 269 من قانون الالتزامات والعقود، ظهير 09 رمضان 1331هـ الموافق بـ 12 أوت 1913، الصيغة المحينة بتاريخ 18 فيفري 2016.

الذي أفرد نصوصا خاصة للعمليات المصرفية الالكترونية ووسائل الدفع الالكترونية في كثير من التوجهات والتنظيمات التي أصدرها البرمان أو المجلس الاوروبي.

كما أن المشرع الفرنسي أفرد لها المادة L133-5 من القانون النقدي والمالي، المعدل سنة 2009، والواردة ضمن فصل بعنوان، "القواعد المطبقة على وسائل الدفع والدخول إلى الحسابات"، والذي ينطبق أيضا على الخدمات المصرفية الالكترونية والتي منها الدفع الالكتروني وإصدار وتسيير العملات الالكترونية[1]. حيث أعفت المادة السابقة الذكر مقدم خدمات الدفع الالكتروني من المسؤولية في حالة القوة القاهرة، أو في حالة كونه مقيد بالتزامات قانونية وطنية أو أوروبية[2].

ما يجب الإشارة إليه هنا أن هذا الإعفاء من المسؤولية في حالة القوة القاهرة الذي أورده المشرع الفرنسي ليس عاما، وإنما حددته المادة السابقة في ما يخص حالتين هما: الإذن بعمليات الدفع والتعويض عن عمليات الدفع التي يبادر بها المستفيد أو الدافع بواسطة المستفيد. ومعنى هذا أن البنك أو مقدم خدمات الدفع الالكترونية يمكن أن يكون مسؤولا عن الإخلال بعمليات الدفع الالكتروني حتى في حالة القوة القاهرة.

ومن جهته التوجيه الأوروبي 2366/2015 المتعلق بخدمات الدفع في السوق الأوروبية، نص على إعفاء مقدمي خدمات الدفع الالكتروني من المسؤولية، في حالة الظروف الطارئة وغير المتوقعة، « circonstances anormales et imprévisibles » وفي حالة كون مقدم خدمات الدفع مرتبط بالزامات قانونية من القانون الأوروبي أو من قانونه الداخلي، يعفى من المسؤولية عن عدم تنفيذ عمليات الدفع أوعن العمليات التي تتم بدون مرافقة[3].

ب- شروط إعمال القوة القاهرة

بالعودة لتعريف القوة القاهرة أو الحادث الفجائي السابق ذكره يمكن القول أن الفقه[4] قد أشترط شروطا أساسية للاعتداد بالقوة القاهرة، أي لإمكانية إعفاء المسؤول من المسؤولية المدنية بموجب القوة

[1]- Article L133-1-VI du C.M.F français, op.cit.

[2]- Article L 1333-5 du C.M.F français :
La responsabilité prévue aux sections 2 à 9 du présent chapitre ne s'applique pas aux cas de force majeure, ni lorsque le prestataire de services de paiement est lié par d'autres obligations légales prévues par des législations nationales ou communautaires.

[3]- Article 93 du directive 2015/2366 : « Circonstances anormales et imprévisibles : Aucune responsabilité au titre des chapitres 2 ou 3 n'est engagée en cas de circonstances anormales et imprévisibles échappant au contrôle de la partie qui fait valoir ces circonstances, dont les suites auraient été inévitables malgré tous les efforts déployés, ni lorsque le prestataire de services de paiement est lié par d'autres obligations juridiques prévues par le droit de l'Union ou le droit national »

[4]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 877.

القاهرة أو الحادث الفجائي. وهذه الشروط هي، عدم إمكان التوقع، و استحالة الدفع، إضافة إلى عدم امكان نسبة القوة القاهرة للمسؤول. نحاول تفصيلها واسقاطها على المسؤولية عن العمليات المصرفية الالكترونية.

1- عدم إمكان التوقع

يجب أن تكون القوة القاهرة أو الحادث الفجائي، الذي يمكن أن يؤدي إلى إعفاء البنك من المسؤولية، مما لا يمكن توقع، فإذا كان ممكن توقعه فيكون البنك مقصرا إذا لم يتخذ الاحتياطات اللازمة لتلافي ما يمكن أن يترتب عليه من نتائج. ويجب أن يكون عدم التوقع غير مستطاع ليس فقط من جانب المدعى عليه فقط، بل من أشد الناس يقظة وحرصا، فالمعيار هنا موضوعي و ليس ذاتي، بل هو معيار لا يكتفى فيه الشخص العادي، وبذلك يكون عدم التوقع مطلقا لا نسبيا[1].

ولا يشترط أن يكون الحادث لم يقع أو لم يسبق أن وقع اصلا، فالبراكين و الزلازل و الفيضانات والحروب، كلها حوادث سبق وأن وقعت، لكن مع هذا تعتبر قوة قاهرة، طالما أنها لم تكن متوقعة الحدوث في وقت محدد ومكان معين بالضبط مرة أخرى.

ويلاحظ أن عدم إمكان التوقع يكون في المسؤولية العقدية، وقت ابرام العقد الالكتروني بين البنك و العميل، ويكون هذا كافيا ولو امكن توقعه بعد ابرام العقد وقبل التنفيذ. بينما يكون في المسؤولية التقصيرية وقت حدوث الضرر[2].

وعلى هذا فالبنك كشخص مهني يحترف العمليات المصرفية الالكترونية، يملك من الامكانات التقنية والمعلوماتية مالا يملكه غيره من الاشخاص العاديين يجب أن يعامل بهذه الطريقة وفقا لأشد البنوك حرصا وفي حدود الظروف المألوفة. لكن هل يمكن مقارنة البنك في الجزائر مثلا بأشد البنوك حرصا في دولة من الدول المتطورة؟ أعتقد أن ذلك غير ممكن لأن ظروف المقارنة بأشد الأشخاص حرصا، مربوطة باعتبارات الزمان والمكان. فما كان يتطلب الحرص الكبير لاجتنابه في الماضي، ربما يتطلب الحرص القليل الآن مع تطور الوسائل التكنولوجية والمعلوماتية. وقل مثل ذلك في اعتبار المكان فما يتطلب الحرص الكبير في مكان ما أو دولة ما ربما يتطلب الحرص القليل في مكان أو دولة أخرى أكثر تطورا، نظرا لتغير الظروف.

[1]- محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 119.
[2]- المرجع نفسه.

2- عدم إمكان الدفع

ويشترط في القوة القاهرة أو الحادث الفجائي الذي يمكن أن يعفي البنك من المسؤولية بمناسبة العمليات المصرفية الالكترونية، أن يكون مستحيل الدفع فإن أمكن دفعه حتى و لو استحال توقعه، لا نكون بصدد قوة قاهرة أو حادث فجائي[1]. وأن تكون الاستحالة بالنسبة للجميع وليست بالنسبة لبنك معين فقط، بل استحالة بالنسبة لأي بنك يكون في موقف البنك المدين بعدم تنفيذ أو التنفيذ المعيب لعملية من العمليات المصرفية الالكترونية، فالاستحالة هنا مطلقة وليست نسبية.

ولهذا على القاضي أن يأخذ بعين الاعتبار عند دفع البنك المسؤول بانتفاء المسؤولية نتيجة القوة القاهرة أو الحادث الفجائي، التطورات العلمية والتكنولوجية، ومختلف أنظمة الاعلام الآلي والبرامج التقنية الحمائية التي يجب أن يوفرها البنك لحماية العمليات المصرفية الالكترونية التي تتم في البيئة الافتراضية. وذلك كله من أجل اتمام العمليات في أحسن الظروف ومنع حدوث الضرر للعميل.

وأخيرا يشترط في القوة القاهرة والحادث الفجائي أن لا يمكن نسبته للبنك، أو نتيجة تقاعسه أو تقصيره. وذلك مثل عدم احتياط البنك في توفير مختلف الوسائل التقنية وأنظمة الحماية للقيام بأعماله بطريقة أمنة وعادية. ومن ذلك لا يعتبر، في رأيينا، من قبيل القوة القاهرة انقطاع التيار الكهربائي، أو انقطاع خدمات الاتصال، لأن البنك في وقتنا الحالي يمكنه تلافي مشكلة انقطاع الكهرباء بوسائل تقنية وحلول كثيرة. كما أن تلافي مشكلة الاتصالات أيضا أصبحت ممكنة وذلك نظرا لتوفر البدائل الكثيرة في هذا الميدان.

بل إن الزلزال نفسه، الذي يعتبره الفقه دائما على رأس القوى القاهرة، أصبحت كثير من الدول المتطورة تتحكم في أضراره، أو على الأقل تقلل منها، وذلك نتيجة التطور العلمي والتكنولوجي الكبير في الدراسات والمواد المستعملة في البناء وكذا تقيات البناء. فأصبحنا نرى زلزالا معتبرا يضرب منطقة معينة، لكنه لا يكاد يخلف اضرار تذكر. ومنه فإنه يجب النظر إلى القوة القاهرة دائما من خلال بعدي الزمان والمكان.

غير أنه قد تتعرض الأنظمة الالكترونية للبنوك، في ظل شبكة الانترنت المفتوحة، للاختراق من طرف القراصنة والمحترفون للنصب والاحتيال على شبكة الأنترنت، مما يتسبب في خسائر وأضرار مالية كبيرة للعملاء ينتج عنه عدم امكانية قيامهم بمختلف العمليات المصرفية الكترونيا. كما قد يشب حريق في النبك يتلف مختلف الأجهزة الالكترونية للبنك، ومن ثم يتضرر العميل ماليا. فهل يمكن اعتبار كل هذا من قبيل القوة القاهرة أو الحادث الفجائي، الذي يعفي البنك من المسؤولية في مواجهة العميل؟

[1]- عبد الرواق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 879.

يرى بعض الفقه[1]، أنه يتوجب على القاضي عند تقديره للقوة القاهرة أو الحادث الفجائي، ومدى امكانية نفي مسؤولة البنك بسبب الضرر الذي أصاب العميل نتيجة القيام بالعمليات المصرفية الالكترونية، أن ينظر إلى مدى توافر الشروط السابقة، و لاسيما عدم إمكان البنك توقع القوة القاهرة وعدم امكانيته دفعها. فإذا توفرت هذه الشروط قضى بانتفاء السبب الموجب للمسؤولية ومن ثم انتفاء مسؤولية البنك الالكتروني في مواجهة العميل. أما اذا انعدم أحد هذه الشروط أو أكثر فإن البنك يتحمل مسؤولية الضرر الذي أصاب العميل لانعدام وصف القوة القاهرة أو الحادث الفجائي في السبب الذي دفع به البنك في مواجهة العميل. والمعيار المطبق هنا معيار موضوعي لا شخصي، ولا يخضع فيه لرقابة قاضي النقض.

من جهة أخرى، يمكن القول بتعدد الوقائع المادية أو الطبيعة التي يمكن أن يتمسك بها البنك، باعتبارها قوة قاهرة أو حادثا فجائيا. لكن بالنظر إلى الشروط السابقة و خاصة شرط عدم التوقع، فإننا يمكن القول أنه في البيئة الالكترونية فإن البنك عليه أن يتوقع كل هذه الوقائع الأسباب والأحداث، ذلك لأن كل الأخطار المتصلة بالعمل المصرفي الإلكتروني على شبكة الانترنت تعتبر متوقعة، إذا ما ستثنينا الظواهر الطبيعية[2]. والنبك مفروض عليه الالتزام بتوفير مختلف الوسائل والبرامج وخطط الطوارئ في حالة حدوث أي طارئ. ومن ثم فإن شرط عدم التوقع في المعاملات المالية وفي البيئة الالكترونية الافتراضية، يصبح نادر الوجود، مما يقلل من إمكانية دفع البنك للمسؤولية عنه.

كما أن شرط عدم إمكانية الدفع، يجب تقديره حسب ظروف الزمان والمكان، والبنك الذي يمتلك من الأجهزة والبرامج التقنية والمتطورة وكذا خطط الطوارئ، يمكنه دفع أكبر قدر من الضرر يمكن أن تسببه هذه الوقائع المادية. أي أن شرط عدم إمكان الدفع، أو عدم القدرة عليه، يرتبط أيضا بالتطور التكنولوجي للوسائل التنقية والبرامج وخطط الطوارئ التي يملكها البنك. ويبقى للمشرع الوطني إصدار من القوانين والتشريعات ما يراعي الاعتبارات السابقة المتعلقة أساسا بالتطور الفني والتقني لوسائل الاعلام والاتصال وخاصة منها المستعملة في قطاع البنوك، وطبيعة المهنة المصرفية الحساسة.

وفي نهاية الحديث عن الاعفاء القانوني للبنك من المسؤولية المدنية عن عدم تنفيذ عملية مصرفية الكترونية، نشير إلى ما جاء في القانون 05-01 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الارهاب، في المادة 17 منه، حيث يمكن لخلية معالجة الاستعلام المالي، المختصة بتحليل ومعالجة المعلومات التي تردها من قبل السلطات المؤهلة وكذلك الاخطار بالشبهة، أن تعترض بصفة تحفظية ولمدة 72 ساعة على تنفيذ أية عملية مصرفية، عادية أو الكترونية، لأي شخص طبيعي أو معنوي تقع عليه شبهات قوية لتبييض الأموال أو تمويل الإرهاب. ولا يمكن تمديد هذه المدة إلا بموجب أمر

[1]- محمد حسين صالح طليان، مرجع سابق، ث 537.
[2]- محمد محفود أبو فروة، مرجع سابق، ص 197

قضائي[1]. ففي هذه الحالة لا يتحمل البنك مسؤولية عدم تنفيذ العملية المصرفية أو التأخر في تنفيذها، لأن القانون هو الذي أمره بذلك. هذا ما نصت عليه المادة 24 من ذات القانون، حيث يعفى الأشخاص الطبيعيون والمعنويون ومنهم البنوك والمؤسسات المالية، الذين تصرفوا بحسن نية من أية مسؤولية إدارية أو مدنية أو جزائية نتيجة عدم القيام بالعمليات المصرفية في هذه الحالة[2].

الفرع الثاني

الاعفاء الاتفاقي من المسؤولية عن العمليات المصرفية الالكترونية

يمكن للبنك أن يطلب الاعفاء من المسؤولية اتجاه العميل، نتيجة الضرر الذي اصاب هذا الأخير أثناء تنفيذ العمليات المصرفية الالكترونية، بالدفع بالسبب الأجنبي المبني على الاعتبارات القانونية التي ذكرناها سابقا، كما قد يعفي البنك نفسه أيضا من هذه المسؤولية بموجب الاتفاق على ذلك مع العميل مسبقا بموجب النص عليها في بنود العقد المصرفي الالكتروني.

ومنه جرت عادة البنوك على إدراج بعض الشروط التعاقدية، في العقود البنكية بمناسبة القيام بالعمليات المصرفية، سواء كانت هذه العمليات الكترونية أو تقليدية، من أجل أن تعفي نفسها من المسؤولية في حالة وقوع أي ضرر على العميل أثناء تنفيذ هذه العقود.

ثم إن معظم هذه الشروط يفرضها البنك بما يتمتع به من مكانة اقتصادية قوية، في مواجهة العميل، حيث يترب على عدم التكافؤ هذا، قبول العميل لهذه الشروط من دون مناقشة[3]، مما يدفعنا إلى التساؤل عن مدى صحة هذه الشروط، وكذا الحماية القانونية المقررة للعميل في مواجهة هذه الشروط؟

أولا- مدى صحة الاعفاء الاتفاقي من المسؤولية المدنية

وفقا لبدأ حرية التعاقد، يمكننا القول أنه بصفة عامة يجوز للأطراف الاتفاق على جميع الشروط التي يرتضونها في حدود النظام العام[4]. وبعد ذلك تصبح هذه الشروط التي يتضمنها العقد قانونهم الخاص، وفقا لبدأ العقد شريعة المتعاقدين. ووفقا لهذا المبدأ يمكن للأطراف الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية في أي وقت. فالقاعدة في المسؤولية العقدية، هي جواز الاتفاق على تعديل احكامها بتشديدها أو تخفيفها أو الاعفاء منها.

---

[1]- المادة 18 من القانون 05-01، مرجع سابق

[2]- تنص المادة 24 فقرة 02 من القانون 05-01 على: "يبقى هذا الاعفاء من المسؤولية قائما حتى و لو لم تؤد التحقيقات إلى أية نتيجة، أو انتهت المتابعات بقرار بألا وجه للمتابعة أو التسريح أو البراءة".

[3]- شريف محمد غنام، كرجع سابق، ص 68.

[4]- محمد محمود أبو فروة، مرجع سابق، ص 201.

وتعد هذه الشروط صحيحة من الناحية القانونية، إلا إذا كانت تنطوي على غش أو خطأ جسيم من جانب البنك، وذلك حسب نص المادة 178 فقرة 2 من القانون المدني التي تنص على: "يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي، إلا ما ينشأ من غشه أو خطئه الجسم". بل إن المشرع ذهب إلى أبعد من ذلك في تكريس مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، إذ يجوز الاتفاق على تحميل أحد المتعاقدين تبعة الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة، التي في الأصل أن المتعاقدان لا يسألان عنها، كما وضحنا ذلك سابقا. وفي هذا نص القانون المدني الجزائري على: "يجوز تحميل المدين تبعة الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة"[1].

غير أن ما يلاحظ واقعيا على مجمل العقود البنكية، أن البنوك تحاول إعفاء نفسها من المسؤولية بسبب القوة القاهرة أو الحداث المفاجئ[2]، مستعملة المادة 127 السابقة الذكر، وكأن الفقرة 1 من المادة 178 لا تعنيها. هذا من جهة ومن جهة أخرى تعمل البنوك على إعفاء نفسها من المسؤولية العقدية بموجب المادة 178 فقرة 1.

إلا أن شرط الإعفاء من المسؤولية الذي يمكن أن يتضمنه العقد المصرفي ليس على إطلاقه، إذ لا يجوز إعفاء البنك من المسؤولية الناتجة عن الغش أو الخطأ الجسيم. غير أنه إذا كان الغش أو الخطأ الجسيم غير صادرين من البنك، أي أن المسؤولية عنهما ليست شخصية، إنما صادرين من العمال أو المستخدمين الذين يستخدمهم النبك، أي أن المسؤولية هنا عن فعل الغير، فقد أجاز القانون المدني الجزائري إعفاء البنك حتى من الخطأ الجسيم في هذه الحالة وذلك وفقا للفقرة الأخيرة من المادة 178 [3].

وعلى هذا الأساس، يمكن القول أن هذه المواد لا تحقق الحماية القانونية للعميل في مواجهة البنك، بمناسبة القيام بالعمليات المصرفية الالكترونية، لأن هذا الأخير يمكن أن يعفي نفسه حتى من الغش أو الخطأ الجسيم.

ونظرا لعدم إمكانية توفير الحماية لعميل البنك الالكتروني بموجب نصوص القانون المدني هذه، استدركت الأمر بعض التشريعات الحديثة، في مجال العمليات المصرفية الالكترونية، ونصت على عدم جواز تضمين العقود التي تربط البنك بالعميل أي شرط يعفي البنك من المسؤولية، بصفة كلية أو جزئية. ومن ذلك القانون التونسي للتحويلات الالكترونية للأموال، حيث نص الفصل 15 منه على أنه: "يكون باطلا ولا عمل عليه أي شرط يهدف إلى إعفاء المصدر كليا أو جزئيا من الواجبات والمسؤوليات

---

[1]- المادة 178 فقرة 1 من القانون المدني، مرجع سابق.

[2]- أحمد السيد لبيب ابراهيم، الدفع بالنقود الالكترونية الماهية و التنظيم القانوني، دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2009، ص 275.

[3]- تنص الفقرة 2 من المادة 178 من القانون المدني على: "غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه".

المحمولة عليه بموجب هذا القانون"[1]. وفي السياق ذاته ينص نفس القانون على: "يكون باطلا ولا عمل عليه كل شرط يتضمن تنازل المنتفع مسبقا كليا أو جزئيا، عن الانتفاع بالحقوق المخولة له بمقتضى هذا القانون"[2].

غير أن بعض الفقه يرى أنه لا يجب النظر إلى جسامة خطأ البنك في مواجهة العميل، لأنه كما رأينا لا يحقق فائدة للعميل، إنما المعيار الذي يجب اعتماده هو مقدار الضرر الذي أصاب العميل من جراء هذا الخطأ ولو كان تافها. لأن البنك يعتبر مهنيا، ولا يمكن إعفاؤه من المسؤولية ما دام الضرر قد وقع بالعميل[3]. وهذا لأن التزامه في مواجهة العميل هو التزام بتحقيق نتيجة في معظم الحالات.

ثانيا– حماية العميل من الشروط التعسفية

يمكن اعتبار معظم العقود المصرفية النموذجية، من عقود الإذعان، كما ذكرنا ذلك سابق، وذلك بحكم المركز الذي يحتله البنك المحترف أو المهني في مواجهة العميل، الذي يكون في كثير من الاحيان مستهلكا. هذا الموقع يسمح للبنك بأن يجبر العميل على الرضى والتسليم وعدم إمكانية مناقشة مختلف بنود العقد، والتي يمكن اعتبار الكثير منها شروطا تعسفية. وفي هذا تنص المادة 70 من القانون المدني على: "يحصل القبول في عقد الاذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها".

ولقد ذكرنا سابقا أن المشرع الجزائري تبنى نظام عقود الإذعان، لأنها متضمنة لإيجاب وقبول طرفي العقد، ومن ثم فإن ركن الرضى قائم فيها، فالقانون لم يشترط توازن الإرادتين في العقود، وإنما تكون في هذه الحالة احدى الارادتين أقوى من أخرى، مثل ما هو قائم بين البنك والعميل. أما إذا وصلت الإرادة الأقوى إلى حد إكراه الإرادة الأخرى، فإن العقد يكون قابلا للإبطال لوجود عيب من عيوب الرضى وهو الإكراه، وهذا العيب غير موجود في هذا النوع من العقود، وإذا كان الطرف المذعن يقبل شروط العقد مضطرا، فهو راض عن هذه الشروط وقابل لها بإرادته الحرة[4].

إذا الإشكال ليس في عقود الّإذعان، إنما عندما تتضمن هذه العقود شروطا تعسفية. ولهذا تدخل المشرع بموجب المادة 110 من القانون المدني[5]، إلى جانب العميل أو المستهلك، الطرف الضعيف في العقد، وأحاطه بحماية من تعسف الطرف القوي.

[1]- الفصل 15 من القانون التونسي للتحويلات الالكترونية للأموال، مرجع سابق.
[2]- المرجع نفسه.
[3]- محمد محمود أبو فروة، مرجع سابق، ص .203.
[4]- محمد محمود أبو فروة، مرجع سابق، ص 201.
[5]- تنص المادة 110 من القانون المدني على: "إذا تم العقد بطريقة الاذعان، و كان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، و ذلك وفقا لما تقضي به العدالة، و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

وطبقا لنص هذه المادة، يجوز للعميل أن يرفع دعوى ضد البنك أمام القاضي، ويطلب منه تعديل بنود العقد التي تتضمن شروطا تعسفية قد تعفي البنك من المسؤولية عن الأضرار التي أصابت العميل بمناسبة القيام بالعمليات المصرفية الالكترونية. وإذا رأى القاضي أن هذه الشروط فعلا تعسفية مجحفة بالنسبة لعميل البنك، فله أن يعدلها لمصلحة العميل، وإذا رأى أنها بالغة التعسف قضى بإعفاء العميل منها، فيصبح العقد ساريا دون تطبيق هذه الشروط التعسفية. ومن ثم تعديل المسؤولية التي يمكن قد أعفى البنك منها نفسه بمناسبة ابرام العقد المصرفي الالكتروني[1].

ثم إن المادة 110 تنص على أن كل اتفاق على ذلك يكون باطلا بطلانا مطلقا، بمعنى أنه إذا تضمن العقد المصرفي الالكتروني شرطا يتضمن عدم اللجوء إلى القضاء في حالة وجود شروطا تعسفية بالعقد، وقبل المستهلك، فإن قبوله هذا لا يمنعه من رفع الدعوى أمام القضاء لأن هذا الاتفاق باطل بطلانا مطلقا. ثم إن سلطة القاضي في الإعفاء من الشروط التعسفية ومن ثم تعديل قواعد المسؤولية، يجب أن تراعى فيها مقتضيات العدالة، ولا يخضع حكم القاضي لرقابة المحكمة العليا[2].

وكذلك الأمر إذا كانت الشروط الواردة بالعقد المصرفي الالكتروني النموذجي المعتبر أنه عقد إذعان غامضة، فإن تفسير هذه الشروط من طرف القاضي تكون لصالح عميل البنك، فالشك في شروط عقد الإذعان يكون لصالح المستهلك، سواء كان دائنا أم مدينا، وفي هذا نصت المادة 112 فقرة من القانون المدني على: "غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الاذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن"[3]. ومنه يمكن القول أن قواعد عقود الإذعان التي تضنها القانون المدني الجزائري لا تعفي البنك من المسؤولية، حتى وإن حاول إعفاء نفسه منها اتفاقيا بموجب بنود العقد.

في حتام هذا المبحث يمكن القول أنه في ظل التطور التكنولوجي الكبير في ميدان الاعلام والاتصالات الالكترونية، وفي ظل استعمال البنوك لمختلف هذه التقنيات على شبكة الانترنت للقيام بمختلف العمليات المصرفية، فإن تحديد المسؤولية المدنية الناتجة عن الاخلال بهذه العمليات لا يمكن تنظيمها بموجب القواعد القانونية الحالية في القانون الجزائري، لا سيما القانون المدني، وأن إصدار مختلف النصوص القانونية التي تضبط هذه المسؤولية أمرا لابد منه، وغاية في الأهمية في هذا العالم الافتراضي ذي الطبيعة المالية، سريع التحول.

---

[1]- علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 39.
[2]- المرجع نفسه.
[3]- المادة 112 فقرة 2 من القانون المدني.

المبحث الثاني

المسؤولية الجزائية عن الاستخدام غير المشرع للعمليات المصرفية الالكترونية

تتم العمليات والخدمات المصرفية الإلكترونية عن بعد وفي فضاء رقمي مفتوح، من خلال استعمال مختلف وسائل وشبكات الاتصال الالكترونية، على غرار شبكة الانترنت وشبكة الهاتف الثابت أو النقال وغيرها. هذه البيئة التقنية الافتراضية المفتوحة جعلت من العمليات المصرفية ذات الطابع المالي مرتعا خصبا لمختلف الأخطار الناتجة عن العمليات الإجرامية من مختلف الأطراف ومن كل الجهات التي يمكنها أن تستعمل شبكة الانترنت. كما أن هذه الأعمال الإجرامية التي تشكل سلوكا منحرفا في البيئة الافتراضية، قد تسبب الأضرار البالغة للتجارة الالكترونية وللنشاط الاقتصادي ككل. كما يمكن أن تسبب الأضرار البالغة لمختلف أطراف العملية المصرفية أو للغير. ولهذا نصت دساتير بعض الدول على ضرورة حماية الفضاء المعلوماتي والالكتروني، واعتبرته حماية للاقتصاد الوطني وجزء من الأمن القومي[1].

ثم إن نتيجة تحديد المسؤولية المدنية لمختلف الأطراف، بسبب الأضرار التي يمكن تنشأ أثناء القيام بهذه العمليات هي التعويض المادي للطرف المضرور، غير أن هذا التعويض في كثير من الأحيان لا يمكن أن يكون رادعا للأعمال الإجرامية التي يمكن أن تتم أثناء القيام بهذه العمليات المصرفية، ومن ثم وجب البحث في قواعد المسؤولية الجزائية لتوفير حماية أكثر لهذه العمليات المالية الهامة في البيئة الافتراضية، وذلك لتوفير ثقة أكثر للجمهور وتشجيعه على القيام بمختلف خدماته المالية والمصرفية الكترونيا.

يعد مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات حجر الزاوية في التشريع العقابي، حيث أن الجريمة والعقوبة يجب أن تكون محددة بقانون، فالقاضي لا يمكنه تجريم وقائع أو النطق بعقوبات جزائية، حتى وإن نتجت عنها اضرارا للأفراد أو المجتمع، ما لم ينص عليها القانون[2]. غير أن تطبيق مبدأ الشرعية قد يؤدي إلى افلات المجرمين من بعض الأعمال التي لم يجرمها القانون ولم يحدد لها العقوبة المناسبة، على الرغم من خطورتها، وذلك على اعتبار أن التقدم العلمي والتكنولوجي يفوق عادة التقدم التشريعي والقانوني، في جميع المجالات وخاصة في المجال الجنائي[3].

---

[1]- نصت المادة 31 من الدستور المصري لسنة 2014 على: "أمن الفضاء المعلوماتي جزء أساسي من منظومة الاقتصاد والامن القومي، وتلتزم الدولة باتخاذ التدابير اللازمة للحفاظ عليه، على النحو الذي ينظمه القانون".

[2]- تنص المادة 160 فقرة1 من دستور 1996 على: "تخضع العقوبات الجزائية إلى مبدأي الشرعية و الشخصية" .

[3]- حواف عبد الصمد، مرجع سابق، ص631.

وعلى هذا جاء في ديباجة التوجيه الاوروبي 7136/2019 الذي صدر حديثا، بتاريخ 17 أفريل 2019، والمتعلق بمكافحة الغش والتزوير لوسائل الدفع من غير النقود[1]، أنه يجب تشجيع الدول الاعضاء على أن تعتمد في قوانينها الداخلية الحماية اللازمة للنقود الافتراضية المستقبلية، الصادرة عن البنوك المركزية أو عن هيئات عمومية أخرى، ضد الغش، كما هو الشأن في بقية وسائل الدفع غير النقدية.

وأضاف التوجيه، أنه يجب توفير معايير حقيقة وفعالة للقانون الجنائي، من أجل حماية وسائل الدفع، من غير النقود ضد كل أشكال الغش والتزوير. وأن هذا الغش ليس فقط موجه لتمويل المجموعات الإجرامية، ولكنه يعوق تطور السوق الأوروبية الالكترونية الموحدة، كما يجعل المواطنين يترددون في القيام بالمشتريات على الخط. وعلى هذا يجب على الدول الأعضاء اتخاذ التدابير اللازمة لتجريم الاستخدام الاحتيالي لأدوات الدفع الالكترونية غير النقدية.

من جهتها الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات[2]، نصت في المادة 18 وتحت عنوان، الاستخدام غير المشروع لأدوات الدفع الالكترونية، على دعوة الدول العربية إلى تجريم كل الأفعال المتعلقة بصنع أو تزوير أدوات الدفع الالكترونية، وقبول استعمالها مع العلم بذلك، وكذا الاستلاء على البينات المتعلقة بها، أو استعمالها أو تقديمها للغير، وكذا تجريم استعمال شبكة الانترنت للوصول بغير وجه حق لبيانات وأرقام أدوات الدفع الالكترونية.

ولما كانت العمليات والخدمات المصرفية المقدمة الكترونيا من أهم مظاهر التقدم العلمي والتكنولوجي في القطاع البنكي والمالي، وما يمكن أن يصاحب القيام بهذه العليات من سلوك إجرامي، فإن التساؤل الذي يجب أن يطرح في هذا السياق هو: ما مدى كفاية نصوص قانون العقوبات الحالية في الاحاطة بهذا السلوك الإجرامي، ومن ثم قدرته على تحديد المسؤولية الجزائية الناتجة عن الاستعمال غير المشروع للعمليات المصرفية الالكترونية، وتقرير العقوبة المناسبة؟

ونظرا لعدم وجود قانون يحمي مختلف العمليات المصرفية سواء منها التي تتم بطريقة تقليدية أو التي تتم بطريقة الكترونية، فإننا سنحاول استخلاص وتحديد المسؤولية الجزائية عن هذه العمليات الالكترونية من خلال مختلف النصوص القانونية الجزائية، وخاصة القانون 09-04 المتضمن القواعد العامة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال ومكافحتها، وكذا القانون 18-05 المتعلق بالتجارية الالكترونية. وعلى هذا نتناول دراسة المسؤولية الجزائية عن العمليات المصرفية

[1]- Directive (UE) N° 2019/713, du parlement européenne et du conseil du 17 avril 2019, concernant la lutte contre la fraude et la contrefaçon des moyens de paiement autres que les espèces et remplaçant la décision-cadre 2001/413/JAI du conseil, journal officielle de l'union européenne L123/18 du 10.05.2019.

[2]- الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية معلومات الموقعة بالقاهرة بتاريخ، 2010/12/21. صادقت عليها الجزائر بنفس التاريخ.

الالكترونية بالنظر إلى مدى توفر أركان الجريمة في الأفعال الاحتيالية وغير المشروعة لأطراف العلاقة بالعملية المصرفية الالكترونية وللغير.

وعلى هذا الأساس نبحث المسؤولية عن الأعمال غير المشروعة الناتجة عن العمليات المصرفية الالكترونية من خلال تقسيم المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول دراسة المسؤولية الجزائية لأطراف العملية المصرفية الالكترونية، ونتناول في المطلب الثاني دراسة المسؤولية الجزائية للغير.

المطلب الأول

المسؤولية الجزائية لأطراف العمليات المصرفية الالكترونية

تؤدي كل الأفعال الضارة بمناسبة القيام بالعمليات المصرفية الالكترونية إلى قيام المسؤولية المدنية بشقيها العقدية أو التقصيرية، كما رأينا ذلك سابقا، لكن هذه الأفعال الضارة والمخالفة للقانون منها أيضا ما يشكل عملا إجراميا ولا يتوقف عند حدود المسؤولية المدنية.

وإذا كانت المسؤولية المدنية تقوم نتيجة ضرر أصاب الأشخاص، فإن المسؤولية الجزائية تقوم نتيجة ضرر أصاب المجتمع، ومن هنا تصنف جرائم البنوك، سواء العادية منها أو الالكترونية، من جرائم الأموال أو الجرائم الاقتصادية، التي قد تؤدي إلى ضرر بالغ باقتصاد الدول. وتعتبر نية أحداث الضرر، أو القصد الجنائي أو الخطأ غير العمدي، ركنا أساسيا في هذه المسؤولية. ومع هذا فإنه لا يمكن القول أن كل ضرر يصيب المجتمع ومع توفر نية الإضرار بالغير يمكن أن تقوم على أساسه المسؤولية الجنائية، فإلى جانب هذا الضرر ونية الإضرار، يجب اعتبار هذا الضرر جريمة جنائية، أي يجب النص على اعتبار هذا الفعل مجرما في القانون. كما يجب النص على العقوبة المحددة له كذلك في القانون. وهذا هو الركن الشرعي، إذ لا جريمة ولا عقوبة بغير قانون، طبقا لنص المادة الأولى من قانون العقوبات[1].

إن قيام الشخص بارتكاب جريمة من الجرائم لا يؤدي حتما إلى تطبيق العقوبة المقررة قانونا عليه، فلا يعاقب هذا الأخير إلا إذا أثبت القاضي مسؤوليته الجنائية. وبذلك فالمسؤولية الجزائية تشكل جسرا بين الجريمة والعقاب، ومن ثم فالمسؤولية الجزائية ليس ركنا من أركان الجريمة وإنما هي أثر لها ونتيجتها القانونية[2].

والمسؤولية الجزائية هي الالتزام بتحمل الآثار القانونية المترتبة عن توافر أركان الجريمة. وموضوع الالتزام هو فرض عقوبة أو تدبير أمن حددهما المشرع حالة قيام مسؤولية الشخص[3]. ومن هذا

---

[1]- تنص المادة الأولى من قانون العقوبات الصادر بالأمر 66-156، المؤرخ في 08 جوان 1966، المعدل و المتمم على: "لا جريمة و لا عقوبة أو تدبير أمن بغير قانون".
[2]- منصور رحماني، الوجيز في القانون الجنائي العام، دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة، 2006، ص 205.
[3]- زينب سالم، المسؤولية الجنائية عن الاعمال البنكية، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية، 2010، ص 40.

فالمسؤولية الجزائية عن العمليات المصرفية الالكترونية هي الالتزام بتحمل الآثار القانونية المترتبة عن الافعال الإجرامية المرتبطة بهذه العمليات، ويستوي في ذلك أن يكون مرتكب الأفعال الإجرامية أحد طرفي العقد المصرفي الالكتروني، أي البنك أو العميل، أو كان مرتكب الفعل الإجرامي من الغير.

وعلى هذا الاساس نتناول تفصيل المسؤولية الجزئية لطرفي العملية المصرفية الالكترونية، من خلال التطرق للمسؤولية الجزئية للبنك أو المؤسسة المالية القائمة بالعمليات المصرفية الالكترونية، في فرع أول، كما نتناول المسؤولية الجنائية للعميل أو المتعاقد مع البنك الالكتروني، في فرع ثان.

الفرع الأول

المسؤولية الجزائية للبنك عن العمليات المصرفية الالكترونية

تقوم المسؤولية الجزائية عن العمليات المصرفية غير المشروعة بتوافر مختلف أركان الجريمة، وإمكانية اسناد الفعل المجرم للشخص المجرم، أي بتوفر أهلية تحمل المسؤولية. ونظرا لحداثة العمليات المصرفية الالكترونية وارتباطها بالتقنيات الحديثة، كما ذكرنا ذلك سابقا، فإننا سنقتصر في هذه الدراسة على التطرق للركن الشرعي، لنرى مدى امكانية تجريم مختلف الأفعال الضارة بمناسبة قيام البنك بالعمليات المصرفية الالكترونية؟. لكن قبل هذا يجب البحث عن الأساس القانوني الذي تقوم عليه المسؤولية الجزائية للبنك، أي قبل دراسة الركن الشرعي للجريمة البنكية، يجب التساؤل عن امكانية تحميل البنك، كشخص معنوي، للمسؤولية الجزائية؟

وعليه نفصل هذا الفرع من خلال تناول مدى امكانية إقامة المسؤولية الجزائية على البنك، أولا، ثم نتناول المسؤولية الجزائية الشخصية للبنك كشخص معنوي، ثانيا، على أن نتناول المسؤولية الجزائية لمسيري البنك، ثالثا.

أولا- مدى تحمل البنك كشخص معنوي للمسؤولية الجزائية

كانت القاعدة العامة السائدة في مسؤولية الشخص المعنوي هي أنه لا يسأل عن الجريمة البنكية إلا الشخص الطبيعي ، فالإرادة التي تعد قوام الركن المعنوي في الجريمة لا تكون إلا للشخص الطبيعي. غير أنه مع اتساع دائرة نشاط البنوك في العصر الحديث بالتطور الهائل الذي حدث في المجالات الاقتصادية والتكنولوجية ووسائل الاعلام والاتصال[1]، أصبحت البنوك في حد ذاتها مصدرا للعديد من الجرائم، مما اقتضى التفكير في مساءلتها جنائيا عن الجرائم التي تقع بمناسبة مزاولة نشاطها، وعدم

---

[1]- من التوصيات التي أصدرها الاتحاد الأوربي في هذا الشأن.

- La recommandation N° R(88) 18, concernant la responsabilité des entreprises personnes morales pour les infractions commises dans l'exercice des leurs activités. Disponible sur le site : https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR

الاقتصار على مساءلة أو معاقبة الأشخاص الطبيعيين الذين يرتكبون هذه الجرائم أثناء تأديتهم لمهامهم لدى البنك[1]. غير أن هذا الرأي غير مسلم به، فلقد وقع اختلاف كبير بين الفقه، كما هو الشأن في التشريع حول موضوع المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي. نتناول الحديث على الرأيين باختصار المعارض والمؤيد لمسؤولية الشخص المنوي الجنائية، ثم نتناول موقف المشرع الجزائري.

أ- الرأي المعارض لمساءلة البنك جزائيا

يسمى هذا الرأي بالاتجاه التقليدي، وهو ينكر امكانية قيام المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، ومن ثم انكار المسؤولية الجزائية للمصرف. وقد ساد هذا الاتجاه في الفقه الجنائي من القرن التاسع عشر إلى الثلث الأول من القرن العشرين[2]. وحسب هذا الرأي فإن المسؤولية الجزائية عن الأعمال الإجرامية التي يقوم بها عمال البنك أو ممثليه أو مسؤوليه، بمناسبة القيام بأعمالهم لحساب البنك، يتحملها هؤلاء الأشخاص الطبيعيين، ويستند هذا الرأي إلى بعض الحجج أهمها:

إن طبيعة الشخص المعنوي تجعل من غير الممكن اسناد الجريمة اليه، فالشخص المعنوي مجرد افتراض قانوني من صنع المشرع وليس له وجود مادي، لهذا لا يتصور منه القيام بالركن المادي أو المعنوي للجريمة، وذلك نظرا لغياب الوعي والإرادة اللذين لا يتوفران إلا للشخص الطبيعي.

ثم إن مساءلة البنك جنائيا يتعارض مع مبدأ شخصية العقوبة التي أقرتها كل القوانين الجنائية، وذلك بخلاف قواعد المسؤولية المدنية التي قد تجعل من الشخص مسؤولا عن فعل غيره، كما رأيينا ذلك سابقا. وعلى هذا فالقول بمسؤولية البنك جنائيا تطال العقوبة كل المساهمين الماليين فيه، رغم بعدهم عن الجريمة.

كما يرى المعارضون لمسؤولية الشخص المعنوي أن العقوبة الجنائية المقررة ضد الجاني تسمح بترسيخ العدالة في المجتمع، لأنها تنطوي على إيلام المجرم، مما يدفعه أو يدفع غيره إلى عدم القيام بالجريمة مجددا، ومن ثم تحد من ظاهرة الإجرام، غير أن الشخص المعنوي لا يمكن ردعه أو تخويفه مثل الشخص الطبيعي، فضلا على أن أغلب العقوبات غير قابلة للتطبيق، كالإعدام والعقوبات السالبة للحرية[3].

ومن التشريعات التي لا زالت تتبنى هذا الرأي المشرع المصري، حيث خلا القانون المصري من أي نص يسمح بإمكانية إقامة المسؤولية الجزائية على المصرف كقاعدة عامة. ولذلك فالقاعدة العامة أن

---

[1]- زينب سالم، مرجع سابق، ص 49.

[2]- عبد العزيز فرحاوي، **"المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي في التشريع الجزائري"**، مجلة الآداب و العلوم الاجتماعية، المجلد 16، العدد2، سنة 2019، ص 87.

[3]- احسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي العام، دار هومة، الجزائر، 2003، ص 183.

الشخص الطبيعي هو الذي يسأل عن الجريمة البنكية التي يرتكبها و لو كان يعمل باسم البنك و لحسابه. وقد استقر القضاء المصري كذلك على هذه القاعدة، و قرر عدم مساءلة البنك كشخص معنوي عما يرتكبه ممثلوه من جرائم باسم البنك و لحسابه[1]. إلا أن هذا لم يمنع المشرع المصري من تقرير المسؤولية التضامنية للبنك كشخص معنوي، و ذلك تحت ضغط الظروف الاقتصادية والتجارية وتقرير ذلك في بعض الجرائم البنكية[2].

ب- الرأي المؤيد لمساءلة البنك جزائيا

اتجه الفقه الجنائي الحديث إلى المطالبة بتقرير المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي[3]، ومن ثم تقرير المسؤولية الجنائية للبنك. وذلك نظرا لتزايد دور الأشخاص المعنوية في مجال الصناعة والتجارة ومختلف النشاطات الاقتصادية. ويرى هذا الرأي أنه سبق للقانون المدني والتجاري الاعتراف لهذه الهيئات بالشخصية المعنوية، وحان الوقت للقانون الجنائي الاعتراف بها[4].

ويرى أصحاب هذا الرأي أن الأشخاص المعنوية هي مجموعة من الأشخاص أو الأموال، تهدف إلى تحقيق مصلحة مشتركة، له إرادة مستقلة عن إرادة أعضائه وله ذمة مالية مستقلة عنهم ، فهي حقيقة ملموسة، واعتراف القانون الجزائي بها لا يخلق شيئا من العدم إنما هو شيء موجود. وأن القول بأن عقوبة الشخص المعنوي تمتد إلى أعضائه ومن ثم معارضتها لمبدأ شخصية العقوبة غير صحيح، لأن عقوبة الشخص الطبيعي تمتد هي الأخرى لمن يعولهم ومن هم تحت كفالته.

ثم إن عدم امكانية تطبيق بعض العقوبات على الشخص المعنوي لا يعني عدم مساءلته جزائيا. إذ لابد من إيجاد العقوبة التي تحقق الإيلام المناسب له والمناسبة للجريمة المرتكبة. ويمكن معاقبته بالعقوبات المالية كالغرامة و المصادرة، أو التوقيف المؤقت للنشاط أو التوقيف النهائي أو حل الشخص المعنوي، وهذه الأخيرة تشبه عقوبة الاعدام لدى الشخص الطبيعي[5].

كما أن الاعتراف بالمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، يحقق مصلحة المجتمع، حيث أن معاقبته تؤدي إلى الردع، ومن ثم تجعل القائمين عليه أكثر حرصا وحذرا ومحافظة على الالتزام بتنفيذ القوانين ذات الصلة، و احترام حقوق الغير. كما أن معاقبة البنك جزائيا قد تؤدي إلى خسارة مالية له، و

---

[1]- زينب سالم، مرجع سابق، ص 65.
[2]- منها المادة 128 من قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد، الصادر بالقانون رقم 88 لسنة 2003. والمادة 16 من قانون مكافحة غسل الأموال الصادر بالقانون رقم 80 لسنة 2002. والمادة 533 من قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999.
[3]- لويزة بلعسلي، المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي عن الجرائم الاقتصادية، أطروحة دكتوراه في القانون العام، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، سنة 2014، ص 11.
[4]- احسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 183.
[5]- عبد العزيز فرحاوي، مرجع سابق، ص 88.

كذا خسارة سمعته لدى العملاء، ومن ثم تحقق الردع الخاص للبنك. كما يتحقق الردع العام لبقية البنوك، التي تلتزم بتنفيذ القوانين ذات الصلة خشية الوقوع تحت طائلة العقوبات الجزائية.

ولقد أدى انتشار هذا الرأي الفقهي في العصر الحديث، إلى تبلور فكرة المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، وهذا ما أدى إلى الأخذ به من طرف كثير من القوانين الإقليمية أو القوانين الداخلية للدول. فلقد جاء في ديباجة توصية المجلس الأوربي رقم: N° R(88) 18 لسنة 1988، أن الشخص المعنوي يمكن أن يكون مسؤولا جنائيا حتى ولم يتم التعرف على الشخص الطبيعي الذي قام بالأفعال الإجرامية. كما الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات، الدول الأعضاء بترتيب المسؤولية الجزائية للأشخاص المعنوية عن الجرائم التي يرتكبها ممثلوها باسمها أو لصالحها دون الإخلال بفرض العقوبة على الشخص الذي يرتكب الجريمة شخصيا[1].

ولقد كانت انجلترا من الدول الأولى التي أخذت بفكرة المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي منذ سنة 1889، ثم كندا ثم الولايات المتحدة الأمريكية، وأخيرا فرنسا منذ صدور قانون العقوبات الأخير سنة 1992. فما هو موقف المشرع الجزائري؟

ج- موقف المشرع الجزائري من المسؤولية الجزائية للبنك

أقر المشرع الجزائري المسؤولية الجزائية للشخص معنوي أول مرة[2] بموجب المادة 05 من الأمر 96-22 المتعلق بقمع ومخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال[3].حيث نصت هذه المادة على العقوبات الجزائية المطبقة على الشخص المعنوي الخاضع للقانون الخاص، في حالة مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الاموال من وإلى الخارج[4]. هذه العقوبات هي: غرامة تساوي على أقل 05 مرات قيمة محل المخالفة، ومصادرة محل الجريمة ومصادرة وسائل النقل المستعملة في الغش.

غير أن المادة 05 السابقة الذكر أكدت أن العقوبة الموقعة على الشخص المعنوي، لا تعفي المسؤولين الشرعيين الممثلين للشخص المعنوي من المسؤولية الجزائية.

---

[1]- المادة 10 من الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات، لسنة 2010، مرجع سابق.

[2]- ذكر بعض الفقه مرحلة الاعتراف الجزئي بالمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي و استدلوا في ذلك بالمادة 61 من الأمر 75-37 المتعلق بالأسعار وقمع المخالفات المتعلقة بتنظيم الأسعار. والمادة 303 من قانون المالية لسنة 1992 عند الحديث عن الرسم على رقم الأعمال.

[3]- أمر رقم 96-22 يتعلق بقمع مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج، المعدل بالأمر 10-03، مرجع سابق.

[4]- مخالفات التشريع و التنظيم الخاصين بحركة رؤوس الأموال من و إلى الخارج حسب نص المادة الأولى والمادة 02 من الأمر 96-22، هي: التصريح الكاذب، عدم مراعاة التزامات التصريح، عدم استرداد الأموال إلى الوطن، عدم مراعاة الاجراءات المنصوص عليها أو الشكليات المطلوبة، عدم الحصول على الترخيصات المشترطة، عدم الاستجابة للشروط المقترنة بهذه الترخيصات. شراء أو بيع أو استيراد أو تصدير أو حيازة السبائك الذهبية والقطع النقدية الذهبية أو الأحجار والمعادن النفيسة.

بعدها تم تكريس المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي بموجب تعديل قانون العقوبات[1] سنة 2004. حيث نصت المادة 51 مكرر منه على: "باستثناء الدولة والجماعات المحلية والاشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام، يكون الشخص المعنوي مسؤولا جزائيا عن الجرائم التي ترتكب لحسابه من طرف أجهزته أو ممثليه الشرعيين عندما ينص القانون على ذلك. إن المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي لا تمنع مساءلة الشخص الطبيعي كفاعل أصلي أو كشريك في نفس الأفعال". كما تم النص على المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي في مواد كثيرة من بموجب تعديل سنة 2004، وسنة 2006 وذلك في مواد كثيرة منها المادة 53 مكرر7، و53 مكرر8 و54 مكرر5 و54 مكرر9 التي تناولت ظروف تخفيف أو تشد عقوبة الشخص المعنوي. ومنها المادة 394 مكرر4 التي كرست المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي عن الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات.

كما نص على المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي القانون 09-04 المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الاعلام والاتصال، في ما يتعلق بمسؤولية مقدمي خدمات الاتصال عن حفظ المعطيات التي تسمح بالتعرف على مستعملي الخدمة وكذا حفظ المعطيات المتعلقة بالتجهيزات الطرفية المستعملة للاتصال، وتاريخ ووقت ومدة كل اتصال، وكذا المعطيات المتعلقة بالتعرف على المرسل إليه وكذا عناوين المواقع المطلع عليها[2].

ومن جهته أيضا القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته[3]، كرس المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، حيث نصت المادة 53 منه على "يكون الشخص الاعتباري مسؤولا جزائيا عن الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون وفقا للقواعد المقررة في قانون العقوبات".

كما أن القانون 04-14 المعدل لقانون الإجراءات الجزائية[4] تناول الاجراءات الخاصة بمتابعة الشخص المعنوي في المواد 65 مكرر إلى 65 مكرر4، ضمن فصل بعنوان "في المتابعة الجزائية للشخص المعنوي". وبهذا يكون المشرع الجزائري قد واكب التطورات العالمية في مجال تكريس المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي على مستوى كل الأصعدة[5].

ومنه يمكن القول أن المشرع الجزائري قد كرس المسؤولية الجنائية للبنك كشخص معنوي، إذ هو مؤسسة تجارية تخضع للقانون الخاص، بغض النظر أن كان بنكا خاصا أو بنكا عموميا.

---

[1]- تم تعديله بموجب القانون رقم 04-15 المرخ في 10 نوفمبر 2004، ج ر رقم 71، بتاريخ 10نوفمبر 2004.

[2]- نصت الفقرة الأخيرة من المادة 11 من القانون 09-04 على: " دون الإخلال بالعقوبات الإدارية المترتبة على عدم احترام الالتزامات المنصوص عليها في هذه المادة، تقوم المسؤولية الجزائية للأشخاص الطبيعيين والمعنويين عندما يؤدي ذلك إلى عرقلة حسن سير التحريات القضائية، ويعاقب الشخص الطبيعي بالحبس من 6 أشهر إلى 5 سنوات وبغرامة من 50.000 إلى 500.000 دج. ويعاقب الشخص المعنوي بالغرامة وفقا للقواعد المقررة في قانون العقوبات".

[3]- قانون رقم 06-01 مؤرخ في 20 فيفري 2006، متعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر رقم 14 بتاريخ 08 مارس 2006. المعدل و المتمم.

[4]- قانون رم 04-14 مؤرخ في 10 نوفمبر 2004، ج ر رقم 71 بتاريخ .10 نوفمبر 2004.

[5]-عبد العزيز فرحاوي، مرجع سابق، ص 90.

ومن التطبيقات القضائية في المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، قرار المحكمة العليا بتاريخ 2011/01/28 في قضية بنك "سوسيتي جنرال"، الصادر عن غرفة الجنح، القسم الثالث، الذي قضى بنقض وإبطال القرار الصادر عن مجلس قضاء الجزائر مع الاحالة، على أساس أحكام الأمر 96-22[1]. فلقد اعتمدت المحكمة العليا على مخالفة أحكام المادة 05 من الأمر 96-22 المعدل، والذي يستفاد منها بأن المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي الخاضع للقانون الخاص كما هو الشأن لبنك "سوسيتي جنرال" تتوقف على توافر شرطين:

- أن ترتكب مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف لحساب الشخص المعنوي؛

- وأن ترتكب هذه المخالفة من قبل أجهزة الشخص المعنوي أو أحد ممثليه الشرعيين.

فأما الشرط الأول فإنه لم يثبت توافره عند مناقشة مسألة مدى توافر جنحة عدم مراعاة التصريح، المنصوص عليه بالمادة الأولى من الأمر 22-96.

وأما الشرط الثاني، فإنه لم يثبت من القرارات المطعون فيها أن هؤلاء قاموا بارتكاب مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف لحساب بنك "سوسيتي جنرال" بوصفها شركة ذات أسهم.

بقي أن نشير إلى أن المشرع الجزائري في موضوع إقرار المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي قد أخذ بمبدأ التخصيص، حيث رصد نصوصا صريحة تحدد الجرائم محل المساءلة، وليس كل جريمة يسأل عنها الشخص الطبيعي يمكن أن يسأل عنها الشخص المعنوي، ولهذا جاءت في نهاية الفقرة الأولى من المادة 51 مكرر السابقة الذكر عبارة "عندما ينص القانون على ذلك". ومن ذلك المادة 382 مكرر 1 من قانون العقوبات المتعلقة بجرائم الاموال والتي تنص على: "يمكن أن يكون الشخص المعنوي مسؤولا جزائيا عن الجرائم المحددة في الأقسام 1 و2 و3 من هذا الفصل، وذلك طبقا للشروط المنصوص عليها في المادة 51 مكرر.

ثانيا- المسؤولية الجزائية الشخصية للبنك بوصفه شخصا معنويا عن العمليات المصرفية الالكترونية

نتناول المسؤولية الجزائية الشخصية للبنك كشخص معنوي عن العمليات المصرفية الالكترونية من خلال التطرق لشروط قيام هذه المسؤولية، ثم التفصيل في حالتي البنك الالكتروني إن كان له وجود مادي على الأرض أو كان عبارة من مجرد موقع على الانترنت من غير وجود مادي على الأرض.

[1]- نقلا عن علي بخوش، "المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي"، مجلة المحكمة العليا، السنة 2012، العدد 02، ص 81.

أ- شروط قيام المسؤولية الجزائية الشخصية للبنك عن العمليات المصرفية الالكترونية

بالعودة لمختلف النصوص القانونية السابقة الذكر، التي أقرت المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، يتضح أن المشرع الجزائري وضع شرطين أساسيين لقيام المسؤولية الشخصية للبنك هما: ارتكاب الجريمة من طرف ممثل البنك أو أحد أجهزته، وارتكاب الجريمة لحساب البنك، هذا بالإضافة إلى خضوع الشخص المعنوي للقانون الخاص.

1- ارتكاب الجريمة من طرف ممثل البنك أو أجهزته

إن البنك باعتباره شخصا معنويا يجب أن يمثله شخص أو عدة أشخاص طبيعيين، ومن ثم قد يقوم هؤلاء الممثلين بارتكاب جرائم أثناء قيامهم بالعمل لصالح البنك. وممثلي البنك هم الرئيس أو المدير أو الرئيس المدير العام أو كل من له صلاحية تمثيل البنك من الذين يحددهم القانون الاساسي للبنك . ولقد نصت المادة 104 فقرة 02 من قانون النقد والقرض على أن مسيري البنك هم: "المؤسسون وأعضاء مجلس الإدارة والممثلون والأشخاص المخولة لهم سلطة التوقيع". وحتى لا يقع اللبس في تحديد ممثلي الشخص المعنوي، فقد حددت المادة 65 مكرر2 فقرة 2 من قانون الإجراءات الجزائية، الممثل القانوني للشخص المعنوي على أنه: "الشخص الطبيعي الذي يخوله القانون أو القانون الأساسي للشخص المعنوي تفويضا لتمثيله". ومن ثم فإن الجرائم التي يمكن أن يرتكبها أجراء أو عمال المصرف بمناسبة القيام بالعمليات المصرفية لا يمكن أن يكون المصرف مسؤولا عنها جزائيا، حتى ولو كانت فيها مصلحة للمصرف[1]. وهذا رغم أنه يمكن أن يسأل عنها مدنيا على أساس المسؤولية عن فعل الغير.

2- ارتكاب الجريمة أثناء العمل لصالح البنك

لا يسأل المصرف عن الجرائم التي يرتكبها ممثليه إلا إذا كانت بمناسبة العمل لصالحه، وذلك حسب نص المادة 51 مكرر السابقة الذكر. فإذا لم يكن العمل لصالح المصرف فإن ممثلي المصرف يسألون مسؤولية جزائية شخصية بمفردهم، ولا يتحمل المصرف المسؤولية في هذه الحالة. والقول بغير هذا يجعل المصرف يتحمل المسؤولية الجزائية لأية جريمة يمكن أن يقوم بها ممثلوه، وهذا قد يؤدي إلى توسيع مسؤولية البنك بدون مبرر[2]. ومن ثم فإن البنك لا يسأل إلا عن تصرفات ممثليه المعتبرة صحيحة وفقا لقانونه الأساسي، أي أن الممثل يجب أن يكون قد تصرف في حدود وظيفته.

---

[1]- بن نجاعي نوال ريمة وروابح عبد المنعم، **"الجزاءات المقرر للجرائم البنكية"**، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المجلد 05، العدد 03، نوفمبر 2018، ص 6.
[2]- زينب سالم، مرجع سابق. ص 68.

ب- مسؤولية البنك الالكتروني حسب حالة الحضور المادي على الأرض

كما سبق وأن أشرنا أن العملية المصرفية الالكترونية قد يقوم بها بنك له كيان مادي على الأرض، أي له مقر إداري معروف جغرافيا، وأن هذا المقر قد يكون داخل الوطن فيكون البنك جزائريا أو يكون بنكا خاصا أجنبيا خاضعا للقانون الجزائري. كما قد يقوم بالعمليات المصرفية الالكترونية بنك الكتروني ليس له كيان مادي على الأرض، إنما له فقط موقع على الأنترنت. نتناول المسؤولية الجزائية الشخصية للبنك عن العمليات المصرفية الالكترونية، من خلال التفرقة بين الحاتين، حالة المصرف الذي له وجود مادي، وحالة المصرف الذي ليس له وجود مادي.

1- حالة البنك الالكتروني الذي له وجود مادي على الأرض

عندما تقوم المسؤولية الجزائية الشخصية للبنك الذي له كيان مادي على الأرض، أيا من البنوك الجزائرية التي تقوم بالعمليات المصرفية الكترونيا، تطبق عليه العقوبات الجزائية المحددة في القانون. ولقد نص تعديل قانون العقوبات لسنتي 2004 و2006 على العقوبات الجزائية المطبقة على الجرائم التي يمكن أن تقوم بها البنوك كأشخاص معنوية، وقسمتها إلى عقوبات في مواد الجنايات و الجنح وكذا عقوبات في مواد المخالفات. هذا من جهة ومن جهة أخرى قسمتها إلى عقوبات أصلية وعقوبات تكميلية. كما ورد ذكر الجرائم مع العقوبات المقررة لها، في بعض القوانين الخاصة المنظمة للعمل المصرفي الجزائري.

في العقوبات الأصلية نصت المادة 18 مكرر و18 مكرر 1 من قانون العقوبات[1] على أن العقوبة الأساسية للبنك هي الغرامة التي تساوي من مرة إلى خمس مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي في القانون الذي يعاقب على الجريمة. ومن هنا نلاحظ أن الغرامة المعاقب بها الشخص المعوي تكون دائما أكثر من غرامة الشخص الطبيعي.

وإذا لم يجد القاضي غرامة معاقب بها الشخص الطبيعي، ليقيس عليها غرامة الشخص المعنوي، فإنه يطبق المادة 18 مكرر2 التي تحدد الغرامات ب2.000.000 دج عندما تكون الجناية معاقبا عليها الشخص الطبيعي بعقوبة الإعدام أو السجن المؤبد. و1.000.000 دج عندما تكون الجناية معاقب عليها بالسجن المؤقت، و 500.000 دج بالنسبة للجنحة.

أما العقوبات التكميلية التي يمكن أن يعاقب بها البنك أو المؤسسة المالية كشخص معنوي، والتي جاءت في نص المادة 18 مكرر، في الجنايات والجنح هي واحدة أو أكثر من العقبات التالية:

[1]- الصادر بالأمر رقم 66-156 مؤرخ في 8 جوان 1966، المدل و المتمم.

حل البنك، غلق البنك أو فرع من فروعه لمدة لا تتجاوز 05 سنوات، المنع من مزاولة نشاط أو عدة نشاطات بشكل مباشر، نهائيا أو لمدة لا تتجاوز 05 سنوات، مصادرة الشيء الذي ارتكب في استعمال الجريمة، نشر و تعليق حكم إدانة البنك أو المؤسسة المالية، الوضع تحت الحراسة القضائية لمدة لا تتجاوز 05 سنوات.

كما تم النص على عقوبة البنك على جريمة تبييض الأموال بموجب المادة 389 مكرر7 من قانون العقوبات وهي الغرامة التي لا تقل عن 04 مرات عقوبة الشخص الطبيعي الواردة بالمادتين 389 مكرر1 و389 مكرر2، ومصادرة الممتلكات والعائدات التي تم تبييضها، ومصادرة الوسائل والمعدات التي استعملت في ارتكاب الجريمة. هذه كعقوبات أصلية، أما العقوبات التكميلية فهي المنع من مزاولة النشاط المهني لمدة لا تتجاوز 05 سنوات، كما يمكن الحكم بحل البنك.

وبالعودة إلى القوانين المنظمة للعمل المصرفي، نجد أن معظم الجرائم المنصوص عليها في قانون النقد والقرض 03-11 المعدل و المتمم، تنطبق على مسيري البنك أو الموظفين أو أعضاء مجلس الإدارة، ومن ثم فإن هذا القانون لم ينص العقوبات الجزائية التي يمكن أن تطبق على البنك كشخص معنوي. غير أن المادة 114 ذكرت العقوبات التأديبية التي يمكن أن تطبقها اللجنة المصرفية على البنك في حالة الإخلال بالأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بنشاط البنك. وتتراوح هذه العقوبات الإدارية بين الإنذار وسحب الاعتماد، أي التوقيف النهائي لنشاط البنك.

ولعل السبب في عدم النص على مسؤولية البنك كشخص معنوي عن الأعمال أو الجرائم التي يقوم بها مسيروه أو موظفوه أو مجلسه الإداري راجع لكون هذا القانون صدر سنة 2003 أي قبل أن يعترف المشرع الجزائري بمسؤولية الشخص المعنوي بصفة كلية من خلال تعديل سنة 2004 لقانون العقوبات.

أما في قانون الوقاية من تبييض الأموال وتمويل الارهاب ومكافحتهما[1]، فإن البنك أو المؤسسة المالية يتحمل المسؤولية الجزائية عن عدم القيام بعملية الاخطار بالشبهة وفقا لما جاء في هذا القانون. حيث يعاقب البنك بغرامة من 100.000 دج إلى 1.000.000 دج[2].

كما نص نفس القانون على المسؤولية الجزائية للبنك الذي يخالف عمدا وبصفة متكررة تدابير الوقاية من تبييض الأموال و تمويل الارهاب، لا سيما مخالفة الالتزام بالتحقق من هوية الزبائن وعناوينهم

[1]- قانون رقم 06-01، مرجع سابق.
[2]- المادة 32 من القانون 05-01. مرجع سابق.

قبل فتح الحسابات المصرفية المنصوص عليها في القانون. حيث نصت المادة 34 فقرة1 على عقوبة هذه الجريمة المصرفية من 1.000.000 دج إلى 5.000.000دج، دون الإخلال بعقوبات أشد[1].

وبعد التطرق للمسؤولية الجنائية للبنك كشخص معنوي، من خلال مختلف النصوص القانونية السابقة، وعلى ذكر مختلف الجرائم والعقوبات المطبقة عليها، اتضح لنا أن المشرع الجزائري لم ينظم الجرائم التي يمكن أن تتم نتيجة القيام بالعمليات المصرفية الالكترونية، أو التي يمكن أن يسأل عنها البنك نتيجة سوء استعمال وسائل الدفع الالكترونية. وبالتالي يمكن القول أن هذه النصوص تتعلق بالجرائم المصرفية ذات الطبيعة الإدارية، أي التي تقوم عن سوء إدارة البنك بصفة عامة ولا تتعلق في معظمها بالعمليات أو الخدمات المصرفية. ومن خلال النصوص القانونية السابقة يتضح لنا أن المشرع الجزائري حمل مسيري البنك أو العاملين به أو أجهزة إدارته، مسؤولية كل الجرائم المصرفية التي يمكن تقع أثناء تأدية العمل المصرفي، هذا ما سنوضحه لاحقا.

من خلال كل ما سبق يمكن القول أن القانون المصرفي الجزائري، رغم تكريسه لمسؤولية البنك الجزائية كشخص معنوي عن الجرائم التي يمكن أن يقوم بها ممثلوه الشرعيين، ورغم النص على بعض هذه الجرائم البنكية التي يمكن أن يقوم بها الممثلون لحساب المصرف، إلا أنه لم ينص على إمكانية إقامة مسؤولية المصرف الجنائية عن العمليات المصرفية الالكترونية. ومنه يمكن القول أن القانون المصرفي الجزائري لم يكرس المسؤولية الجزائية للمصرف عن العمليات المصرفية الالكترونية. على غرار بعض التشريعات المقارنة ومنها التشريع الفرنسي.

2- حالة البنك الالكتروني الذي ليس له وجود مادي على الأرض

بعد أن تناولنا مسؤولية البنوك التي لها وجود مادي بمناسبة القيام بالعمليات المصرفية الالكترونية، نتناول الآن مسؤولية البنوك الالكترونية المنشأة في الجزائر والتي ليس لها كيان مادي. ذكرنا سابقا أنه بموجب المادة 59 فقرة 1 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته والتي تنص على: "من أجل منع تحويل عائدات الفساد وكشفها، لا يسمح أن تنشأ بالإقليم الجزائري مصارف ليس لها حضور مادي ولا تنتسب إلى مجموعة مالية خاضعة للرقابة".

وعليه فإن القانون الجزائري يمنع البنوك الالكترونية التي ليس لها تواجد مادي على الأرض سواء داخل الوطن أو خارجه. ومن ثم فهو يمنع البنوك الالكترونية بهذا المفهوم. وعلى هذا يجب طرح التساؤل عن المسؤولية التي تقوم اتجاه هذا البنك الالكتروني في حالة تواجده بالجزائر وقيامه بالعمليات المصرفية الكترونيا؟

[1]- المادة 34 فقرة من القانون 05-01. مرجع أعلاه.

بالعودة إلى قانون النقد و القرض[1] لا سيما المادة 134، نجدها تعتبر جريمة نصب كل من لم يخضع لنص المواد 76 80 و81. وبالعودة لنص هذه المواد، نجد أن المادة 76 تمنع كل شخص طبيعي او معنوي غير البنوك والمؤسسات المالية القيام بالعمليات المصرفية، باستثناء عمليات الصرف. ومنه يمكن القول أن قيام البنوك الالكترونية بأي من العمليات المصرفية عادية كانت أو الكترونية يعتبر جريمة نصب، بموجب هذه المادة.

وبالعودة لنص المادة 81 من قانون النقد والقرض، نجد أن الفقرة الأولى منها تنص على: "يمنع على كل مؤسسة من غير البنوك أو المؤسسات المالية أن تستعمل اسما أو تسمية تجارية أو اشهارا أو بشكل عام أية عبارات من شأنها أن تحمل إلى الاعتقاد أنها معتمدة كبنك أو مؤسسة مالية". من خلال الجمع بين نص هذه المادة والمادة السابقة يمكن القول أن البنوك الالكترونية التي ليس لها مقر على الأرض غير مسموح بإنشائها وغير مسموح لها بالقيام بالعمليات المصرفية الالكترونية. وأن هذه الأعمال التي يمكن أن تقوم بها تكيف وفقا لنص المادة 134 على أنها جريمة نصب يعاقب عليها القانون.

وعليه فإن البنوك الالكترونية المنشأة، وفقا للمفهوم السابق، في الجزائر تتحمل المسؤولية الجزائية كشخص معنوي، كما يتحمل مسير أو منشئ هذا البنك المسؤولية الجزائية هو كذلك وفقا للعبارة "سواء لحسابه الخاص أو لحساب شخص معنوي". وتكيف الجريمة على أنها جريمة نصب.

وبالعودة لجريمة النصب المقررة في قانون العقوبات، نجد أن المادة 372 كيفتها على أنها جنحة، يعاقب مرتكبها، حسب الفقرة الأولى إذا كان شخصا طبيعيا بالحبس من سنة إلى 05 سنوات وبغرامة من 500 إلى 20.000 دج. أما البنك الالكتروني كشخص معنوي فتضاعف له الغرامة، ويمكن أن يحكم عليه بعقوبات تكميلية، كما رأينا ذلك سابقا[2].

وتشدد المسؤولية الجزائية على الشخص الطبيعي منشئ أو مسير البنك الالكتروني، بمضاعفة العقوبة عندما يقوم البنك الإلكتروني بعمليات مصرفية الكترونية أو عادية وفقا للفقرة الثانية من المادة 372 التي تنص على: "وإذا وقعت الجنحة من شخص لجأ إلى الجمهور بقصد إصدار أسهم أو أذونات أو حصص أو أية سندات مالية سواء لشركات أو مشروعات تجارية أو صناعية، فيجوز أن تصل مدة الحبس إلى 10 سنوات والغرامة إلى 200.000 دج".

---

[1]- قانون رقم 03-11، المعدل و المتمم، مرجع سابق.
[2]- المادة 18 مكرر من قانون العقوبات.

كما يجوز للقاضـي أن يحكم على مسير البنك الالكتروني الذي ليس له كيان مادي على الأرض بالحظر من ممارسة الحقوق الوطنية[1] لمدة لا تزيد عن 05 سنوات، تسري هذه العقوبة من يوم انقضاء العقوبة السالبة للحرية، أو الافراج عن مسير البنك[2]. كما يجوز أيضا الحكم عليه بالمنع من الإقامة[3].

وبالعودة إلى قانون مكافحة الفساد، السابقة الذكر، نجده لم يرخص أيضا للمصارف والمؤسسات المالية المنشأة في الجزائر بإقامة علاقات مع البنوك الأجنبية أو مقدمو خدمات الدفع الالكتروني الذين يسمحون باستخدام حساباتهم المصرفية من طرف البنوك الالكترونية التي ليس لها وجود مادي على الأرض. هذا فضلا عن إقامة علاقات مباشرة بين البنوك الجزائرية وهذه البنوك الالكترونية. حيث نصت الفقرة 02 من المادة 59 على: "كما لا يرخص للمصارف والمؤسسات المالية المنشأة في الجزائر بإقامة علاقات مع مؤسسات مالية أجنبية تسمح باستخدام حسابتها من طرف مصارف ليس لها حضور مادي ولا تنتسب إلى مجموعة مالية خاضعة للرقابة".

ومنه يمكن القول أن البنوك الجزائرية تقوم مسؤوليتها في حالة تعاملها مع بنوك أجنبية إذا كانت هذه الأخيرة تتعامل مع بنوك الكترونية ليس لها وجود مادي على الأرض، أو بتعبير أدق، وبحكم أن العمليات المصرفية الالكترونية ذات طابع دولي ويمكن أن تتدخل في القيام بالعملية الواحدة عدة بنوك في عدة دول، فإن المسؤولية الجزائية للبنوك الجزائرية كشخص معنوي، تقوم وفقا للقانون الجزائري، إذا كانت طرفا في احدى هذه العمليات المصرفية، وفي نفس الوقت كان أحد أطرافها بنك الكتروني أجنبي ليس له حضور مادي على الأرض.

ثالثا- المسؤولية الجزائية لممثلي البنك عن العمليات المصرفية الالكترونية

نصت كثير من النصوص القانونية ذات الطبيعة الجزائية وذات العلاقة بالبنوك، على تحميل المسؤولية الجزائية الناتجة عن الجرائم المصرفية إلى الشخص الطبيعي المسير للبنك أو الموظف أو أعضاء مجلس الإدارة، أو المستخدمين، مع إمكانية تحميل البنك كشخص معنوي أيضا للمسؤولية الجزائية في بعض الحالات[4].

وبالعودة إلى مختلف النصوص القانونية التي نصت على الجرائم المصرفية، إن في قانون العقوبات أو في القانوني التجاري، أو في قانون النقد والقرض، أو في قانون الوقاية من تبييض الأموال وتمويل الارهاب ومكافحتهما، أو في القانون المتعلق بقمع مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بحركة

[1]- الحرمان من الحقوق الوطنية المحددة في المادة 9 مكرر1 من قانون العقوبات.
[2]- المادة 14 من قانون العقوبات، أحالت عليها المادة 372 من نفس القانون.
[3]- المادة 373 فقرة أخيرة. من قانون العقوبات.
[4]- من هذه النصوص، نص المادة 51 مكرر، فقرة 2 من قانون العقوبات، المعدل بالقانون 04-15، التي تنص على: "إن المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي لا تمنع مساءلة الشخص الطبيعي كفاعل أصلي أو كشريك في نفس الأفعال".

رؤوس الأموال من وإلى الخارج، أو في قانون مكافحة الفساد، يمكن حصر أهم الجرائم المصرفية التي تحمل المسير المسؤولية الجزائية عن الجرائم البنكية.

ففي قانون النقد والقرض، تقوم مسؤولية الرئيس أو أعضاء مجلس الإدارة أو المديرين العامين للبنك أو المؤسسة المالية، إذا استعملوا أملاك البنك أو أمواله عمدا وبسوء نية استعمالا منافيا لمصالح البنك، لأغراضهم الشخصية أو لمصلحة شركة أخرى أو مؤسسة لهم في مصالح بصفة مباشرة أو غير مباشرة[1]. كما يعد هؤلاء الأشخاص مسؤولون جنائيا في حالة استعمال السلطات أو الأصوات الممنوحة لهم استعمالا منافيا لأغراض البنك لرعاية مصالحهم أو مصالح شركات أخرى لهم فيها مصلحة[2].

كما حمل قانون النقد والقرض أعضاء مجلس الإدارة أو المسيرين أو محافظ الحسابات للبنك وكل شخص يمكن أن يكون في خدمة البنك، المسؤولية الجزائية عن عدم تلبية إعذارات وطلبات اللجنة المصرفية، أو عرقلة عملها[3]. كما يعاقب هؤلاء الاشخاص إضافة إلى مستخدمي البنك عند عرقلتهم أعمال التدقيق والمراقبة المالية للبنك، وإذا لم يعدوا الجرد والحسابات السنوية أو لم ينشروها في الآجال القانونية، أو زودوا بنك الجزائر بمعلومات خاطئة[4].

ونص قانون النقد والقرض أيضا، على المسؤولية الجزائية لكل شخص يخالف أحكام الكتاب السادس منه، والمتضمن إجراءات مراقبة البنوك والمؤسسات المالية[5]. من جهته القانون 05-01 المتعلق بالوقاية من تبييض الاموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما، نص على العديد من الجرائم المصرفية، وجرم الكثير من الأفعال التي يمكن أن تساعد على تبييض الأموال وتمويل الإرهاب. وحمل المسؤولية الجزائية لمسيري البنك ولمستخدميه وللزبائن وللغير.

نتناول في هذا الإطار بعض الجرائم المصرفية التي يتحمل مسؤوليتها مسير البنك أو مستخدميه والتي يمكن أن تكون لها علاقة بالعمليات المصرفية لاسيما الالكترونية منها.

نصت المادة 06 من القانون 05-01 على أن كل دفع مالي يفوق مبلغا محددا عن طريق التنظيم يجب أن يتم حصرا عن طريق القنوات المالية والبنكية. ولقد صدر هذا التنظيم بموجب المرسوم التنفيذي[6] 10-181، الذي حدد هذا المبلغ ب500.000 دج. والذي يجب أن يدفع حصرا بواسطة وسائل الدفع المتمثلة في، الصك، التحويل البنكي، بطاقة الدفع، الاقتطاع، السفتجة، السند لأمر، وكل وسيلة دفع كتابية أخرى[7].

---

[1]- المادة 131 فقرة 01 من القانون 03-11، مرجع سابق

[2]- المادة 131 فقرة 02 من القانون 03-11.

[3]- المادة 136 من القانون 03-11.

[4]- المادة 137 فقرة 01 من القانون 03-11.

[5]- نصت المادة 139 من القانون 03-11 على: "يعاقب على كل مخالفة للأحكام الواردة في الكتاب السادس أعلاه والأنظمة المتخذة لتطبيقه، بالحبس من شهر إلى ستة (6) أشهر وبغرامة يمكن أن تصل إلى 20% من قيمة الاستثمار".

[6]- مرسوم تنفيذي رقم 10-181، مؤرخ في 13 جويلية 2010.ملغى، يحدد الحد المطبق على عمليات الدفع التي يجب أن تتم بوسائل الدفع عن طريق القنوات البنكية و المالية، ج ر قم 43 بتاريخ 2010/07/14.

[7]- المادة 02 من المرسوم التنفيذي 10-181، أعلاه.

ولقد حملت المادة 31 من القانون 05-01 المسؤولية الجزائية لكل من يقوم بدفع مبلغ أكثر من 500.000 دج بطريقة غير طرق الدفع المعتمدة السابقة الذكر، أي حملت المسؤولية لزبون البنك أو للغير، الذي يريد إيداع المبلغ بحساب غير حسابه الشخصي، كما حملت المسؤولية الجزائية أيضا للذي يقبل هذا الدفع. حيث نصت المادة 13 من القانون 05-01 على: "يعاقب كل من يدفع أو يقبل دفعا خرقا لأحكام المادة 06 أعلاه، بغرامة من 50.000دج إلى 500.000دج". ولم تحدد هذه المادة إن كان من يقبل الدفع يقصد به البنك أو المؤسسة المالية كشخص معنوي، ومن ثم تقوم مسؤولية الجزائية للبنك كشخص معنوي. أم أن المقصود بمن يقبل إنما تقتصر على الشخص الطبيعي الذي قد يكون مسير البنك أو مستخدما أو موظفا من موظفيه. أم أن المسؤولية الجزائية قد تشملهما معا حسب ما جاء في المادة 51 مكرر، السابقة الذكر، من قانون العقوبات.

ومن ما يعنينا في سياق هذه الدراسة هو إيراد بطاقات الدفع "الالكتروني" بموجب المرسوم التنفيذي السابق الذكر كوسيلة من وسائل الدفع. غير أنه في هذه الحالة لا تقوم المسؤولية الجزائية عن الاستخدام غير المشروع للبطاقة البنكية الالكترونية، كوسيلة من وسائل الدفع الالكترونية، انما تقوم عند الدفع دون استخدامها، أي دفع الأموال نقدا.

كما حملت المادة 33 من القانون 05-01 المسؤولية الجزائية لمسيري وأعوان البنوك، الخاضعة لواجب الإخطار بالشبهة، عن إبلاغ صاحب الأموال عن العمليات المصرفية موضوع الإخطار بالشبهة. رغم أن هذا يعتبر خرفا للسر المهني بمفهوم قانون النقد والقرض[1]. وعاقبت على هذه الجريمة بغرامة من 2.00.000 دج إلى 2.000.000دج[2].

لكن ما يلاحظ على كل هذه الجرائم التي تقوم على أساسها المسؤولية الجزائية لمسيري أو مستخدمي البنك، بموجب القانون الجزائري، أنها تتعلق في مجملها بسوء تسيير البنك، أو استخدام أمواله وممتلكاته لأغراض خاصة، أو مخالقة أحكام مختلف أحكام القوانين المصرفية أو جرائم الأموال كالرشوة والنصب وخيانة الأمانة وتبييض الأموال وغيرها، ولم نجد منها ما يمكن أن يجرم الاستخدام غير المشروع للعمليات المصرفية الالكترونية أو وسائل وأدوات الدفع الالكترونية، ومنه يمكن القول أن المشرع الجزائري تأخر كثيرا في إصدار النصوص القانونية التي تجرم هذه الأفعال غير المشروعة عندما ترتكب من طرف البنك كشخص معنوي أو من طرف ممثليه أو موظفيه.

---

[1]- يخضع للسر المهني حسب نص المادة 117 من قانون النقد و القرض، كلا من أعضاء مجلس الإدارة، محافظي الحسابات، مسيري البنك، المستخدمين، وكل من كانت له سلطة رقابة على عمليات البنك.

[2]- المادة 33 من القانون 05-01.

الفرع الثاني

المسؤولية الجزائية لعميل البنك عن العمليات المصرفية الإلكترونية

نقصد بالعميل زبون البنك الالكتروني المتعاقد مع البنك بموجب عقد مصرفي الكتروني من أجل القيام بعملية أو مجموعة من العمليات المصرفية الالكترونية. وعليه فإن عميل البنك الالكتروني يمكن أن يصبح من الغير عندما يتعلق الأمر بعملية أو مجموعة من العمليات المصرفية الالكترونية غير العملية المعني بها أو غير المتعاقد عليها.

ذكرت المادة 138 من قانون النقد والقرض أن زبائن البنوك والمؤسسات المالية، يعاقبون بنفس العقوبات التي يعاقب بها أعضاء مجلس الإدارة أو المسيرين أو مستخدمي هذه المؤسسات، إذا ارتكبوا احدى الجرائم التي يعاقب عليها هذا القانون[1]. ولقد حددت المادة 136 من ذات القانون هذه العقوبات وهي الحبس من سنة إلى 03 سنوات إضافة إلى الغرامة المالية، وذلك عند ثبوت مسؤوليتهم في عرقلة عمل اللجنة المصرفية بأية طريقة كانت أو إعطائها معلومات غير صحية بطريقة عمدية[2]. وحسب المادة 137 فإن زبائن البنك يمكن أن يعاقبوا بنفس العقوبة السابقة الذكر، عند عرقلة عمليات التدقيق والمراقبة التي يقوم بها محافظو الحسابات، أو رفضوا تبليغ المستندات الضرورية، أو العقود أو الدفاتر أو الوثائق المحاسبية، أو زودوا البنك بمعلومات خاطئة[3].

غير أنه في حقيقة الأمر أن هذه الجرائم لا يبدو أن لها علاقة مباشرة مع العمليات المصرفية الالكترونية التي يمكن أن يقوم بها زبون البنك. ومن ثم نذكر أننا لم نجد في قانون النقد والقرض ولا غيره من القوانين ما يمكن أن يجرم عميل البنك عند القيام بالأعمال غير المشروعة بمناسبة القيام بالعمليات المصرفية الالكترونية أو عمليات الدفع الالكترونية، باستثناء النصوص العامة في قانون العقوبات التي تجرم عمليات السرقة واستعمال الأشياء المسروقة أو التزوير واستعمال الأشياء المزورة. هذه الجرائم التي نحاول إقامة المسؤولية الجزائية للغير على أساسها لاحقا.

وباستثناء المادتين 543 مكرر23 و543 مكرر24 من القانون التجاري، المتعلقتان ببطاقات الدفع والسحب، لم ينص المشرع الجزائري مطلقا على العمليات المصرفية الالكترونية، ولا على وسائل الدفع الالكترونية، ولم ينظمها. ولم يذكر الجرائم التي يمكن أن تقوم بمناسبة استعمالها، لا في القانون التجاري ولا في قانون العقوبات بمناسبة تجريمه للأفعال الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات، المعدل بموجب القانون 04-15 ولا في قانون النقد والقرض، ولا في كل القوانين ذات الصلة.

---

[1]- تنص المادة 138 من القانون 11-03 على: "تطبق على زبائن البنوك و المؤسسات المالية الذين ارتكبوا أو ساعدوا على ارتكاب أحد الأعمال المعاقب عليها بموجب المادتين 136 و137 أعلاه، العقوبات المنصوص عليها في هاتين المادتين".

[2]- المادة 136 من قانون النقد والقرض.

[3]- المادة 137 من قانون النقد و القرض.

كما لم ينص المشرع الجزائري على الجرائم الواقعة على أنظمة ووسائل الدفع الالكتروني، ولا على الجرائم الواقعة البطاقة البنكية الالكترونية، رغم أنه جرم كثيرا من الأفعال غير المشروعة الواقعة على بطاقة "الشفاء الالكترونية" المستعملة في التأمينات الاجتماعية. حيث ذكر القانون 08-01 المتعلق بالتأمينات الاجتماعية[1]، الجرائم المتعلقة بالاستعمال غير المشروع لبطاقة "الشفاء الالكترونية" والعقوبات المقررة لها بموجب المواد من 93 مكرر 2 إلى 93 مكرر 6.

وعليه يجب التساؤل هنا عن الأفعال الإجرامية التي يمكن أن ترتكب بمناسبة القيام بالعمليات المصرفية الالكترونية، أو عند استعمال مختلف وسائل الدفع الالكترونية على غرار بطاقة الدفع والسحب كيف تتم المعاقبة عليها؟ وقبل ذلك هل يمكن تحميل العميل المسؤولية الجزائية عن الاستعمال غير المشروع لوسائل الدفع الالكترونية؟

وإذا كان القانون الجزائري لم يجرم "الاستعمال غير المشروع" لبطاقات الدفع والسحب، فإن الواقع العملي يختلف عن ذلك، حيث نجد بعض البنوك تجرم بعض الأعمال التي ترد على البطاقات الإلكترونية، وذلك من خلال العقود النموذجية المبرمة بين البنك وحامل البطاقة البنكية الالكترونية. ومن ذلك ما نصت عله المادة 21 من عقد حامل بطاقة CIB، تحت عنوان العقوبات. حيث نصت الفقرة الأولى من هذه المادة على أن: "كل استعمال تعسفي أو غش، وكل تزوير للبطاقة وكل تصريح كاذب يعاقب عليه جزائيا طبقا للقانون"[2].

ومن جهتها المادة 7 من العقد النموذجي لحامل بطاقة فيزا الدولية، وتحت عنوان العقوبات تنص على: "إن كل استعمال تعسفي أو تدليسي تطبق عليه العقوبات المنصوص عليها في القوانين السارية المفعول". ونحن بدورنا نتساءل عن هذه العقوبات أين نجدها وأين هي القوانين السارية المفعول التي تعاقب على الاستعمال التعسفي والتدليسي للبطاقات البنكية؟

وعلى هذا يرى البعض أن هذه الشروط النموذجية وما يماثلها، تجعل المؤسسات البنكية تجرم الفعل وتكيف الجريمة، وتحدد المواد المطبقة وبالتالي العقوبة، وهي بذلك تحل محل القانون والقضاء. وهذا ليس من حقها ولا من سلطتها، إن لم نقل أنه يشكل تعديا وتجاوزا للسلطة القضائية وتطاولا على المبادئ العامة للقانون الجنائي[3].

[1]- قانون 08-01 مؤرخ في 2008/01/23 يتمم القانون رقم 83-11 المؤرخ في 02 جوان 1983 المتعلق بالتأمينات الاجتماعية، ج ر قم 04 بتاريخ 27 جانفي 2008.

[2] - Article 21 Sanction :

Tout usage abusif ou frauduleux, toute falsification de la carte, ainsi que toute fausse déclaration est passible des sanctions pénales prévus par la loi.

[3]- أنظر رضوان غنيمي، مرجع سابق، ص 127. ونورة بن بوزيد، مرجع سابق، ص 130.

ومن منطلق عدم قيام الجريمة من غير توفر الركن الشرعي لها بموجب القاعدة القانونية "لا جريمة و لا عقوبة من غير قانون" فإننا نتساءل عن الأساس القانوني الذي يمكن من خلاله تحميل عميل البنك المسؤولية الجزائية عن القيام غير المشروع بالعمليات المصرفية الالكترونية، والاستخدام غير المشروع لوسائل الدفع الالكترونية؟

وبخلاف كثيرا من الدول العربية والأوروبية التي جرمت هذه الأفعال، ورغم أن الجزائر مصادقة على الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات، ورغم أنها التزمت من خلال التوقيع على هذه الاتفاقية بتجريم الافعال المبينة فيها[1]، إلا أنها لم تصدر أي تشريع يجرم الأفعال الناتجة عن الاستخدام غير المشروع لأدوات الدفع الالكترونية.

ولقد نصت المادة 18 من الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات على الأفعال التي يجب اعتبارها من قبيل الاستخدام غير المشروع لأدوات الدفع الالكترونية والتي منها، تزوير وصنع ووضع الأجهزة والمواد التي تساعد على تزوير أو تقليد أدوات الدفع الالكترونية. الاستلاء على بيانات أدوات الدفع الالكترونية واستعمالها، أو تقديمها أو تسهيل استعمالها من طرف الغير. ودعت الاتفاقية الدول العربية إلى تجريم استخدام الشبكة المعلوماتية أو احدى وسائل تقنية المعلومات في الوصول بدون وجه حق إلى ارقام وبيانات أدوات الدفع الالكترونية. وكذا تجريم قبول استعمال أدوات الدفع الالكترونية المزورة مع العلم بذلك.

وعند دراستنا للمسؤولية الجزائية لعميل البنك عن العمليات المصرفية الإلكترونية، بموجب القانون المقارن، لاحظنا أن كل القوانين الأجنبية التي عثرنا عليها، والتي نصت على المسؤولية الجزائية عن هذه العمليات المصرفية، لم تفرق بين الجرائم التي يمكن أن يقوم بها عميل البنك الالكتروني والجرائم التي يمكن أن يقوم بها الغير الذي ليس طرفا في العقد، ومن ثم ساوت في العقوبات في الحالتين. وعلى هذا نرجئ الحديث عن مسؤولية العميل عن هذه الجرائم إلى غاية الحديث عن مسؤولية الغير عن العمليات المصرفية الإلكترونية، التي تناولها في ما يلي.

[1]- تنص المادة 05 من الاتفاقية العربية على: "تلتزم كل دولة طرف بتجريم الأفعال المبينة في هذا الفصل، وذلك وفقا لتشريعاتها وأنظمتها الداخلية".

المطلب الثاني

المسؤولية الجزائية للغير عن العمليات المصرفية الالكترونية

نقصد بالغير، كل من يمكن أن يدخل إلى الحساب المصرفي للعميل أو البنك، من غير طرفي العقد المصرفي الالكتروني، أي من غير العميل أو البنك، بطريقة غير مشروعة، والقيام بمختلف الجرائم المتعلقة بالسرقة أو الاختلاس أو النصب، وذلك عن بعد و باستعمال الانترنت أو أي شبكة الالكترونية أخرى.

تقوم المسؤولية الجزائية للغير نتيجة الأفعال غير المشروعة على العمليات المصرفية الالكترونية، أو نتيجة الاستعمال غير المشرع لوسائل الدفع الالكترونية، وذلك من خلال الدخول إلى حساب العميل عن طريق نظام المعالجة الآلية للمعطيات الخاص بالبنك، أو من خلال الاستعمال غير المشروع لوسائل الدفع الالكترونية. وعلى هذا نتناول مسؤولية الغير من خلال الاستعمال غير المشروع للنظام الالكتروني للبنك في الفرع الأول، و مسؤولية الغير من خلال الاستعمال غير المشروع لوسائل الدفع الالكترونية في الفرع الثاني.

الفرع الأول

مسؤولية الغير عن الاستعمال غير المشروع لنظام المعالجة الآلية للمعطيات الخاص بالبنك

نتناول مسؤولية الغير عن الاستعمال غير المشروع لنظام المعالجة الآلية للبنك، ومن ثم مسؤوليته عن القيام بعمليات مصرفية الكترونية بطريقة غير مشروعة من خلال القانون 04-15 المعدل لقانون العقوبات والذي جاء بفصل جديد تحت عنوان "المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات" وذلك بموجب المواد من 394 مكرر إلى 394 مكرر7. وهذا في ظل غياب النصوص القانونية التي تجرم بطريقة مباشرة الدخول غير المشروع إلى الأنظمة الالكترونية للبنك في القانون الجزائري.

أولا- جريمة الدخول أو البقاء غير المشروع في نظام المعالجة الآلية لمعطيات البنك

تستعمل عدة مصطلحات للدلالة على هذه الجريمة منها الدخول عن طريق الغش أو الدخول غير المصرح به أو القرصنة أو الاختراق أو الدخول والبقاء الاحتيالي في الانظمة المعلوماتية. ومنه فجريمة الدخول والبقاء غير المشروع في نظام المعالجة الآلية للبنك تعني الولوج داخل النظام المعلوماتي أو البقاء فيه بغير تصريح من المسؤول عنه، و ذلك بصد إضرار إما بسرية المعلومات أو سلامة أو تكامل أو موفورية هذا النظام ومحتوياته[1].

[1]- نقلا عن يزيد بوحليط، الجرائم الالكترونية والوقاية منها في القانون الجزائري، دار الجامعة الجيدة ، الاسكندرية، سنة 2019، ص 178.

تناولت الاتفاقية الاوروبية لسنة 2001 الموقعة ببودابيست حول الجريمة الالكترونية، جريمة الدخول إلى نظام المعالجة الآلية للمعطيات، وذلك من أجل ضمان سرية و سلامة المعلومات والبيانات المستخدمة في النظم الالكترونية بصفة عامة وفي النظم الالكترونية للبنوك بصفة خاصة[1]. حيث دعت المادة 02 من الاتفاقية الدول الأطراف إلى إصدار التدابير التشريعية والتنظيمية لجريم النفاذ غير القانوني الكامل أو الجزئي لنظام المعالجة الآلية للبيانات، و ذلك اذا ارتكب الفعل عمدا و بغير وجه حق. وذلك بنية الحصول على بيانات الكمبيوتر أو بأية نية غير صادقة أخرى[2].

ولقد فسرت المذكرة التفسيرية لاتفاقية بودابيست النفاذ غير القانوي أو الدخول غير المشروع، على أنه الجريمة الأساسية للتهديدات الخطيرة الموجهة ضد أمن انظمة بيانات الكمبيوتر والهجمات عليها. وينبغي أن يكون مجرد الدخول غير المرخص، بمعنى قرصنة أو كسر أو اختراق كمبيوتر، غير قانوني في حد ذاته من حيث المبدأ. حيث أن مثل هذا السلوك قد يضع عوائق أمام المستخدمين الشرعيين للأنظمة والبيانات، وقد يتسبب في إحداث تغيير أو تخريب يسفر عنه تكاليف عالية لصاحب المنظومة الالكترونية[3].

أما بالنسبة للبنوك والمؤسسات المالية، فقد يسفر هذا الدخول غير المشروع على تحويل مبالغ مالية من حساب العملاء أو من حساب البنك إلى حسابات أخرى بطريقة غير مشروعة، كما قد يسفر على سرقة البيانات الشخصية للعملاء مثل كلمة السر وأرقام البطاقات البنكية الالكترونية، أو تخريب قاعدة البيانات الخاصة بالحسابات المصرفية للعملاء، في حالة عدم تمكن المجرم من تحويل الأموال لحسابه أو لحسابات أخرى.

أ- الركن الشرعي

يتمثل الركن الشرعي للجريمة في نص المادة 394 مكرر على "يعاقب بالحبس من 3 أشهر إلى سنة وبغرامة من 50.000 إلى 100.000 دج، كل من يدخل أو يبقى عن طريق الغش في كل أو جزء من منظومة للمعالجة الآلية للمعطيات أو يحاول ذلك. تضاعف العقوبة إذا ترتب على ذلك حذف أو تغيير لمعطيات المنظومة. وإذا ترتب على الأفعال المذكورة أعلاه تخريب نظام اشتغال المنظومة تكون العقوبة الحبس من 6 أشهر إلى سنتين و الغرامة من 50.000 دج إلى 150.000 دج".

---

[1]- حسام عبد الرحمان فرج أحمد الخولي، مرجع سابق، ص 101.

[2]- المادة الأولى من اتفاقية بودابيست لسنة 2001.

[3]- التقرير التفسيري للاتفاقية الاوروبية للجريمة الالكترونية، المؤرخ في 23 نوفمبر 2001، سلسلة المعاهدات الأوروبية رقم 185، بودابيست، فقرة 44.

نلاحظ أن هناك تطابق بين هذه المادة ونص المادة 1/323 من قانون العقوبات الفرنسي. وهذ يوضح مدى تأثر المشرع الجزائري بالمشرع الفرنسي[1].

ب- الركن المادي

يتمثل في الفعل الجرمي، ويكون في صورتين، صورة بسيطة وتتمثل في مجرد الدخول والبقاء غير المشروع في نظام المعالجة الآلية للمعطيات الخاص بالبنك، وصورة مشددة حينما يقترن الدخول بحذف أو تغيير المعطيات أو تخريب نظام اشتغال المعلومات[2].

تتمثل الصورة البسيطة في فعل الدخول (L'accès) وفعل البقاء (Maintient)، والدخول هو الولوج الاحتيالي إلى منظومة معلوماتية باستعمال الوسائل الفنية و التقنية اللازمة. ولقد عرفت المذكرة التفسيرية للاتفاقية الأوروبية لمكافحة الاجرام الالكتروني، الدخول أو النفاذ على أنه: الدخول الكامل أو الجزئي إلى نظام الكمبيوتر لمختلف مكوناته (المعدات و المكونات و البيانات المخزنة في النظام المثبت و الدلائل وبيانات الحركة والبيانات ذات الصلة بالمحتوى)، ومع ذلك لا يعبر مجرد ارسال رسالة عن طريق البريد الالكتروني دخول. ويجب أن يكون الدخول بدون وجه حق، و على هذا من يدخل لحسابه البنكي عن طريق نظام المعالجة الآلية للمعطيات الخاص بالبنك بالتأكيد لا يعتبر فعله هذا مجرما. كما لا يوجد تجريم للنفاذ إلى نظام البنك المفتوح، الذي يتيحه هذا الأخير للجمهور بغية اعلامهم بالخدمات البنكية الالكترونية التي يقدمها.

ويتم اختراق نظام المعالجة الآلية للمعطيات الخاص بالبنك بواسطة برامج متطورة يستخدمها القراصنة مثل الفيروسات والإغراق بالرسائل أو عن طريق ما يعرف بالصيد (fishing) أو باستعمال برامج احتيالية (programme de sapmming)، فيقوم الجاني، مثلا، باستعمال هوية شركة وبريدها الإلكتروني وإرسال رسالة الكترونية إلى صاحب الحساب المصرفي يطلب منه حجز بيانته البنكية الخاصة بالبطاقة الالكترونية ورقمها السري، ثم يقوم باستعمال هذه البيانات في سحب الاموال من الحساب. ولهذا أكد عقد بطاقة الدفع الالكتروني الذهبية لبريد الجزائر، على ضرورة القيام بكل العمليات الالكترونية فقط مع المواقع المؤمنة التي يكون عنوانها مسبوقا برمز على شكل قفل مغلق[3]. كما قد يكون الدخول عن طريق استعمال كلمة المرور وفك الشفرات الخاصة بالدخول باستخدام برامج فك الشفرات أو

[1]- Article 323-1 du CPF :
« Le fait d'accéder ou de se maintenir, frauduleusement, dans tout ou partie d'un système de traitement automatisé des données est puni de deux ans d'emprisonnement et de 60.000 euros d'amende. Lorsqu'il en est résulté soit la suppression ou la modification de données contenues dans le système, soit une altération du fonctionnement de ce système, la peine est de 03 ans d'emprisonnement et de 100.000 euros d'amende »

[2]- يزيد بوحليط، مرجع سابق، ص 180.

[3]- المادة 5 من عقد بطاقة الدفع الذهبية لبريد الجزائر.

باستخدام البرامج الخبيثة من خلال دمجه في أحد برامج الكمبيوتر بحيث يعمل كجزء من البرنامج الأصلي للكمبيوتر ثم يقوم بتسجيل الشفرات التي يستخدمها المستخدم الشرعي للدخول لنظام الالكتروني للبنك، كما قد يتم الدخول عن طريق بعض نقاط الضعف أو الثغرات في أنظمة الحماية الخاصة بالبنك[1].

أما فعل البقاء فيقصد به حالات التواجد غير المصرح به في النظام المعلوماتي للبنك، كربط الاتصال والاطلاع على بيانات البنك وحسابات العملاء، القيام بعمليات مختلفة. وهو التواجد داخل نظام المعلومات ضد إرادة البنك أو من له الحق في السيطرة على النظام. ويتسع فعل البقاء ليشمل أكثر من الوقت المحدد للبقاء في حالة الدخول المشروع. وعليه يجرم البقاء حتى و لو كان الدخول مشروعا أو كان بصفة عرضية[2]، كحالة الخطأ أو السهو، فهذه الحالة تحقق السلوك المجرم لفعل البقاء، وهي من جرائم النشاط الإيجابي الذي يتحقق بالامتناع أو الترك، و لهذا يجب على الجاني في هذه الحالة قطع الاتصال الذي جاء عن طريق الخطأ والانسحاب فورا.

وتطبيقا للمفهوم السابق للبقاء في النظام المعلوماتي للبنك، ذهبت محكمة باريس في حكمها الصادر في 05 أفريل 1994، إلى أن قانون العقوبات الفرنسي يجرم البقاء دون وجه حق داخل نظام الحاسب الآلي، سواء كان الدخول بطريق غير مشروع كالغش أو التدليس أو تم بطريق مشروع كالخطأ. إلا أنه اكتسب بعد ذلك صفة عدم المشروعية كما لو أن الفاعل فقد حقه في البقاء داخل النظام نتيجة لخطأ صدر من جانبه[3].

أما الصورة المشددة لجريمة الدخول والبقاء داخل نظام المعالجة الآلية للمعطيات الخاص بالبنك، فقد نصت عليها الفقرة الثانية والثالثة من المادة 394 مكرر السابقة الذكر. وتتحقق هذه الصورة عندما ينتج عن فعل الدخول أو البقاء، إما حذف (محو) أو تغيير (تعديل) للمعطيات التي يحتويها نظام المعلومات، وإما عدم صلاحية النظام للقيام بوظيفته[4]. ففعل الحذف يشير إلى إزالة المعطيات داخل نظام البنك وهو أقصى أنواع الضرر، مما يجعل العقاب عليه مشددا. أما فعل التغيير فهو إحداث تعديل على بيانات البنك، كمن يقوم بتحويل مبلغ مالي من حساب عميل البنك إلى حساب آخر، أو دفع قيمة خدمات أو سلع لدى تاجر من حساب العميل أو تحويل الأموال من حساب البنك إلى حساب بنك آخر. أما تخريب النظام فيقصد به كل فعل من شأنه جعل النظام مصاب بالشلل أو العجز وعدم امكانية قيامه بمختلف العمليات المصرفية. وعادة ما يعمد القراصنة إلى تخريب النظام عندما يعجزون عن تحقيق أهدافهم المحددة كسرقة الأموال أو الأرقام السرية للبطاقات الإلكترونية، وذلك حتى لا يبقى أثر داخل

[1]- حسام عبد الرحمن فرج أحمد الخولي، مرجع سابق، ص 107.
[2]- يزيد بوحليط مرجع سابق، ص 184.
[3]- نقلا عن حسام عبد الرحمن فرج أحمد الخولي، مرجع سابق، ص 120.
[4]- يزيد بوحليط مرجع سابق، ص 185.

النظام يمكن شرطة البحث والتحري من معرفة المجرم. ولهذا ألزم القانون 09-04 المتعلق بالوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الاعلام والاتصال مقدمي خدمات الاتصال بحفظ المعطيات التي تسمح بالتعرف على مستعملي الخدمة والمعطيات المتعلقة بالأجهزة وتاريخ ووقت كل اتصال وكذا عناوين المواقع المطلع عليها[1].

ج- الركن المعنوي

يتمثل الركن المعنوي لجريمة الدخول أو البقاء داخل المعالجة الآلية لمعطيات البنك، في صورة القصد الجنائي بعنصريه العلم والارادة. والقصد الجنائي يثبت في المتهم كلما توفر عنصر الغش طالما أنه تعمد اتيان هذا الفعل بدون ترخيص من البنك صاحب النظام المعلوماتي[2]. وعليه يتوفر الركن المعنوي في حال علم الجاني بكافة العناصر المشكلة للجريمة. أي أن فعله ينصب على نظام **المعالجة** الآلية للمعطيات، وأنه لا يملك حق الدخول إليه أو البقاء فيه وأنه ينتهك سرية و خصوصية هذا النظام.

ويتبين من نص المادة 394 مكرر أن المشرع لا يتطلب وجود القصد الجنائي الخاص لدى الجاني حتى تقوم الجريمة، وأنه يكفي للقاضي الجزائي أن يستنتج أن الجاني قام عمدا بارتكاب الجريمة من خلال قرائن عديدة ، مثل برامج الاختراق وضبط المعطيات المتعلقة بالنظام بحوزة الفاعل.

وتطبيقا لهذا قضت محكمة باتنة في حكم لها بتاريخ 2010/06/01 على أنه "ثبت للمحكمة من خلال أوراق القضية لا سيما الخبرة الفنية الخاصة بتحليل البريد الالكتروني للمتهم أنه كان يقوم بالدخول عن طريق القرصنة (الغش) باستعمال برامج متنوعة ... وجمع المعطيات المعلوماتية الخاصة واستعمالها في تهديد الشركة الامريكية في مقابل حصوله على مبالغ مالية..."[3].

فإذا قامت جريمة الدخول والبقاء غير المشروع في نظام المعالجة الآلية للمعطيات الخاص بالبنك بمختلف أركانها، السابقة الذكر، وثبت الفعل الإجرامي، وكان المجرم متمتعا بالأهلية وقت اقتراف الجريمة[4]، قامت مسؤوليته الجزائية، ومن ثم حكم القاصي بالعقوبات المقررة في المادة 394 مكرر السابقة الذكر. نشير في الأخير أن هذه الجريمة هي أول فعل غير مشروع طلبت الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات من الدول الأعضاء تجريمه. جاء ذلك في المادة 06[5].

---

[1]- المادة 11 من القانون 09-04.

[2]- يزيد بوحليط، مرجع سابق، ص 185.

[3]- حكم رقم 10/05272 بتاريخ 10 صادر عن محكمة باتنة بتاريخ 2010/06/01، نقلا عن يزيد بوحليط مرجع سابق، ص 186.

[4]- احسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 163.

[5]- تنص المادة 06 من الاتفاقية على: جريمة الدخول غير المشروع:

1/ الدخول أو البقاء وكل اتصال غير مشروع مع كل أو جزء من تقنية المعلومات أو الاستمرار به.

2/ تشدد العقوبة إذا ترتب على هذا الدخول أو البقاء أو الاستمرار بهذا الاتصال:

- محو أو تعديل أو تشويه أو نقل أو تدمير للبيانات المحفوظة وللأجهزة والانظمة الالكترونية وشبكات الاتصال والحاق الضرر بالمستخدمين والمستفيدين.

ثانيا– جريمة الاعتداء على بيانات نظام المعالجة الآلية لمعطيات البنك

تسمى هذه الجريمة أيضا جريمة التلاعب غير المصرح به بنظام المعالجة الآلية للمعطيات. نصت على هذه الجريمة أيضا الاتفاقية الأوروبية حول جرائم تقنية المعلومات، وجاءت التسمية تحت عنوان الاعتداء على سلامة المعلومات[1]. كما نصت عليها أيضا المادة 08 من الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات[2].

أ– الركن الشرعي

نصت على هذه الجريمة المادة 394 مكرر:1 "يعاقب بالحبس نت 06 أشهر إلى 03 سنوات وبغرامة من 500.000دج إلى 2.000.000دج، كل من أدخل بطريق الغش معطيات في نظام المعالجة الآلية للمعطيات أو أزال أو عدل بطريقة الغش المعطيات التي يتضمنها". تقابل هذه المادة، كل من المادة 08 من الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات، والمادة 04 من الاتفاقية الاوروبية المتعلقة بالجريمة الالكترونية.

ويهدف النص على هذه الجريمة، إلى توفير حماية لنظام المعالجة الآلية للمعطيات، للبنوك أو لأية هيئة عامة أو خاصة. بحيث تكون الحماية مماثلة لتلك التي تتمتع بها الأشياء المادية ضد إلحاق الضرر المتعمد. وتتمثل المصلحة القانونية المحمية هنا في سلامة بيانات أو برامج الكمبيوتر المخزنة وفي تحسين تشغيلها أو استخدامها[3].

ب– الركن المادي

يتمثل الركن المادي لهذه الجريمة البنكية الالكترونية في أفعال، الإدخال والمحو والتعديل. ويقصد بفعل الادخال، إضافة معطيات جديدة على الدعامة الخاصة بها، و يتحقق فعل الادخال في كل حالة يتم فيها ادخال برنامج غريب كالفيروسات والقنابل النطقية والزمنية، و التي تضيف معطيات جديدة. ويعد ادخال بيانات غير معتمدة في النظام المعلوماتي من أكثر الأساليب شيوعا في الاعتداء على أنظمة المعلومات. وهي تمثل نصف إجمالي حالات الاحتيال المعلوماتي[4].

- الحصول على معلومات حكومية سرية.

[1]- سفيان حديدان، النظام القانوني للمعالجة الآلية للمعطيات، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة باجي مختار، عنابة، السنة 2019، ص 154.

[2]- تنص المادة 08 من الاتفاقية على: "الاعتداء على سلامة البيانات:

- تدمير أو محو أو إعاقة أو تعديل أو حجب بيانات تقنية المعلومات قصدا وبدون وجه حق.

- للطرف أن يستلزم لتجريم الأفعال المنصوص عليها في الفقرة الأولى من هذه المادة، أن تتسبب في ضرر جسيم".

[3]- التقرير التفسيري للاتفاقية الاوروبية للجريمة الالكترونية، مرجع سابق، فقرة 60.

[4]- يزيد بوحليط، مرجع سابق، ص

ويقصد بالمحو إزالة جزء من المعطيات المسجلة على دعامة النظام أو تحطيم تلك الدعامة أو نقل أو تحزين جزء من هذه المعطيات على ذاكرة أخرى. ويعتبر الحذف أو المحو المعطيات مطابقا لتدمير الشيء المادي، حيث يتم تدميرها وجعلها غير قبلة للتعرف عليها.

ويقصد بالتعديل تغيير البيانات القائمة. ومن ذلك إدخال برامج خبيثة أو فيروسية مثل حصان طروادة. وذلك بقصد التلاعب بالبرنامج. ويقصد بهذا التصرف أن يجعل المجرم البيانات غير متاحة أو غير موجودة للشخص الذي يحق له الوصول اليها، الذي يكون عادة صاحب الحساب المصرفي أو البنكي، ومن ثم لا يتمكن أيا منها القيام بمختلف العمليات المصرفية الالكترونية. وتعتبر هذه الجريمة من جرائم الخطر التي لا ينظر فيها إلى تحقيق نتيجة محسومة، لأن الجاني يقوم بالعدوان المحتمل والتهديد بالخطر في سرية البيانات وسلامتها. كما أن هذه الجريمة تتعلق فقط بالمعلومات الموجودة داخل نظام البنك، وليس التي هي خارجه.

ج- الركن المعنوي

الركن المعنوي لجريمة الاعتداء على بينات نظام المعالجة الآلية لمعطيات البنك هو الاعتداء على نظام المعالجة الآلية للمعطيات، باعتباره جريمة عمدية تتطلب قصدا جنائيا عاما، يقوم على علم الجاني لأن هذه الأفعال تشكل اعتداء على سلامة المعطيات داخل النظام المعلوماتي للبنك. كما يجب أن تنصرف إرادة الغير أو الجاني إلى ارتكاب هذه الأفعال بطريقة عمدية، فلا تتحقق الجريمة إلا أذا ارتكب هذه الأفعال بطريق الغش أي العمد. ويلاحظ أن كلمة "غش" ذكرت في هذه المادة القصيرة مرتين، غش في الادخال وغش في إزالة أو تعديل المعطيات. والفارق بين النتيجة في الجريمة السابقة و هذه الجريمة، أن النتيجة في هذه الأخيرة، أي جريمة الاعتداء على البيانات، تكون مقصودة أي يريدها الفاعل، بينما في جريمة الدخول والبقاء لا تقع كذلك، أي لا يريدها الفاعل[1].

ثالثا- جريمة الاعتداء على المعطيات خارج نظام المعالجة الآلية لمعطيات البنك

لم يكتف المشرع الجزائري بحماية المعطيات الموجودة داخل المنظومة المعلوماتية، بل تعداها إلى حماية المعطيات الموجودة خارجها، و ذلك من خلال تجريم التعامل مع هذه المعطيات الناتجة عن احدى هذه الجرائم المنصوص عليها في قسم المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات، والهدف من ذلك هو الوقاية من هذه الجرائم والتخفيف من آثارها لما تمثله من خطورة بالغة على المصالح المحمية قانونا[2].

---

[1]- محمد خليفة، الحماية الجنائية لمعطيات الحاسب الآلي في القانون الجزائري والمقارن، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية، 2007، ص 161.
[2]- يزيد بوحليط، مرجع سابق، ص 190.

أ- الركن الشرعي

نصت على هذه الجريمة المادة 394 مكرر2 من قانون العقوبات، المعدل بالقانون 04-15. "يعاقب بالحبس من شهرين إلى 03 سنوات وبغرامة من 1.000.000دج إلى 5.000.000دج، كل من يقوم عمدا وعن طريق الغش بما يأتي:

1- تصميم أو بحث أو تجميع أو توفير أو نشر أو الاتجار في معطيات مخزنة أو معالجة أو مرسلة عن طريق منظومة معلوماتية، يمكن أن يرتكب بها الجرائم المنصوص عليها في هذا القسم.
2- حيازة أو إفشاء أو نشر أو استعمال لأي غرض كان المعطيات المتحصل عليها من احدى هذه الجرائم المنصوص عليها في هذا القسم".

تقابل هذه المادة، كل من المادة 09 من الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات[1]، والمادة 06 من الاتفاقية الأوروبية المتعلقة بالجريمة الالكترونية. كما تقابلها أيضا المادة L323-3-1 من قانون العقوبات الفرنسي.

لم يكتف المشرع بحماية المعطيات الموجودة داخل المنظومة المعلوماتية، بل تعداها إلى حماية المعطيات الموجودة خارج المنظومة، وذلك من أجل تجريم التعامل مع هذه المعطيات المتحصل عليها بطريقة غير شرعية، وذلك مثل تجريم التعامل بالأموال العائدة من الإجرام وتبييض الأموال، مع العلم بذلك[2]. والهدف من ذلك هو تحميل المسؤولية الجزائية للذي يقوم بهذه الأفعال، ومن ثم التخفيف من آثارها وتوفير الحماية لكل المتعاملين الالكترونيين في المجال المصرفي والمالي أو غيره. ولعل جريمة الاتجار بهذه المعطيات تعد من أخطر الجرائم المذكورة في هذه المادة[3]، لأنه يهدف من خلالها إلى تحقيق الربح من ببيع هذه المعطيات الهامة لمجرمين آخرين، وما ينتج عن عملية البيع والشراع من تسويق لهذه المعلومات ومن ثم انتشارها بين القراصنة المهتمين بهذا المجال.

ب- الركن المادي

يتمثل الركن **المادي** لهذه الجريمة في صورتين، الأولى كل الأفعال المتعلقة، بتصميم المعطيات أو البحث عنها أو تجميعها أو توفيرها أو نشرها أو الاتجار بها، مهما كان مصدرها، وسواء كانت هذه

---

[1]- المادة 09: جريمة إساءة استخدام وسائل تقنية المعلومات:
1 / انتاج أو بيع أو استرداد أو توزيع أو توفير :
أ/ أية أدوات أو برامج مصممة أو مكيفة لغايات ارتكاب الجرائم المبينة في المادة السادسة إلى الثامنة.
ب/ كلمة سر نظام معلومات أو شيفرة دخول أو معلومات مشابهة يتم بواسطتها دخول نظام معلومات ما بقصد استخدامها لأية من الجرائم المبينة في المادة السادسة إلى المادة الثامنة.
2/ حيازة أية أدوات أو برامج مذكورة في الفقرتين أعلاه، بقصد استخدامها لغايات ارتكاب أي من الجرائم المذكورة في المادة السادسة إلى المادة الثامنة.
[2]- المادة 2 فقرة 3 من القانون 05-01، المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال و تمويل الارهاب. مرجع سابق.
[3]- صباح عبد الرحيم ووهيبة عبد الرحيم، **"جرائم التجارة الالكترونية"**، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 1، عدد1 ،ص 38.

المعطيات مخزنة أو معالجة أو مرسلة من طرف الغير، إذا كانت كل هذه الأفعال من شأنها أن تؤدي إلى ارتكاب الجرائم المنصوص عليها في هذا القسم، بوساطة هذه المعطيات.

أما الصورة الثانية من الركن المادي لهذه الجريمة فهي تتجلى في كل الأفعال المتعلقة بالتعامل مع المعلومة المتحصلة من احدى الجرائم المنصوص عليها القسم السابع مكرر من قانون العقوبات، المتعلق بالمساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات. وتشمل هذه الأفعال، حيازة المعطيات المتحصل عليها من الجرائم المحددة في هذا القسم أو إفشاء المعطيات أو نشرها أو استعمالها لأي غرض كان.

وإن كانت صياغة المادة 09 من الاتفاقية العربية جاءت بتعبير أسهل وأشمل لمختلف الجرائم. فلقد جرمت هذه المادة التعامل بالأدوات والبرامج الموجهة لارتكاب مختلف الجرائم المعلوماتية. كما جرمت التعامل بكلمة السر أو شيفرة الدخول لأنظمة المعلومات. وجرمت أيضا حيازة هذه الأدوات والبرامج وكلمات السر بقصد ارتكاب الجرائم المحددة سابقا.

ويتضح من خلال المادة 394 مكرر2 السابقة الذكر أن المشرع الجزائري توجه إلى التوسع في تجريم التعامل في المعطيات التي يمكن أن تستعمل في ارتكاب الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات، إذ لا يقتصر الأمر على المعطيات المخزنة داخل النظام فقط ، إنما أيضا على المعطيات المرسلة عن طريق منظومة معلوماتية أخرى[1]. ومن ثم فكل تعامل بهذه المعطيات المتحصل عليها بطريقة غير مشروعة ويمكن أن يؤدي إلى ارتكاب الجريمة يعتبر مجرما. ومن ذلك حيازة أرقام البطاقات البنكية أو أرقام السر أو كلمات المرور أو الدخول إلى حسابات العملاء على البنك، أو استعمال أو إفشاء هذه الارقام أو نشرها. فكل هذه الأفعال تعتبر مجرمة.

ج- الركن المعنوي

أما في ما يخص الركن المعنوي لهذه الجريمة، فيعتبر التعامل مع المعلومات غير المشروعة جريمة عمدية، حسب العبارة الواردة في المادة "كل من يقوم عمدا وعن طريق الغش"، ومنه تتطلب هذه الجريمة القصد الجنائي العام والقصد الجنائي الخاص[2].

رغم تعديلات المشرع الجزائري المتكررة لقانون العقوبات وإدراج بعض النصوص التي تجرم بعض الأعال الإجرامية الناتجة عن الجرائم الالكترونية، ومن ذلك القسم السابع مكرر السابق الذكر. إلا أن هذه التعديلات ما زالت محدودة، فرغم الكم الهائل من الجرائم الالكترونية التي ترتكب كل يوم على الأنظمة المعلومات للبنوك أو غيرها، إلا أن المشرع الجزائري نص على ثلاثة أنواع فقط من الجرائم، السابقة

[1]- يزيد بوحليط، مرجع سابق، ص 195.
[2]- المرجع أعلاه، ص 196.

الذكر. فهذه النصوص غير كافية لتوفير الحماية القانونية للمعلومات داخل أنظمة المعالجة الآلية للعطيات[1].

ومن الجرائم الالكترونية كثيرة الانتشار، والتي أغفلها المشرع الجزائي وذكرتها بعض التشريعات المقارنة، جريمة تعطيل سير النظام، أو جريمة الاعتراض غير المشروع. عرفتها الاتفاقية العربية على أنها "الاعتراض المتعمد بدون وجه حق لخط سير البيانات بأي من الوسائل الفنية وقطع بث أو استقال بيانات تقنية"[2]. فهذه الجريمة تختلف عن الجرائم المذكورة في القسم السابع مكرر، لأن المجرم في هذه الحالة لا يدخل أبدا إلى نظام المعالجة الآلية للمعطيات ولا يقوم بالاعتداء عليه ولا تعديل المعطيات الموجودة به، إنما يقوم من الخارج بإعاقة سير العمل في النظام أو عرقلته مما يؤدي إلى تباطؤ عمل النظام ومن ثم تباطؤ تدفق المعطيات. وفي هذه الفترة التي تتباطأ في تدفق المعطيات تتأخر أو تتعطل عملية القيام بالعمليات المصرفية الالكترونية، ومن ثم لا يعمل النظام بشكل جيد وهنا بالضبط يتدخل المجرمون لسرقة البيانات المتعلقة بالحسابات البنكية أو أرقام البطاقات أو كلمة المرور أو غيرها من البيانات البنكية والمالية الهامة. ولقد نص قانون العقوبات الفرنسي في تعديله لسنة 2015، على هذه الجريمة[3].

وفي حكم للقضاء الفرنسي، قضى بوقوع الجريمة من المتهمين الذين دأبوا على ارسال رسائل كثيرة بنية الغش، غبر نظام الكمبيوتر، مما أدى إلى ارباك النظام المتلقي لهذه الرسائل، والتي تمثلت في طلبات اشتراك في مسابقة من المسابقات التي يمكن أن تنتهي بالحصول على جوائز[4].

وفي حكم آخر للقضاء الفرنسي صدر سنة 1997، حكم بتوافر جريمة الإخلال بالنظام الالكتروني من المتهم الذي قام بإرسال رسائل كثيرة إلى احدى الاجهزة الخاصة بإحدى الشركات المنافسة، موهما الجهاز أن الرسائل تصل من مصادر متعددة، وتتضمن طلبات شراء من الشركة، وقد كانت تلك الطلبات غير مجدية، وكان هدف المتهم هو أن يشغل نظام الشركة حتى يكون عاجزا عن تلقي طلبات جديدة، و يضر بها في النهاية[5].

---

[1]- برابح يمينة، **"مدى صلاحية القواعد التقليدية في قانون العقوبات للتطبيق على جرائم الكمبيوتر (جريمة السرقة نموذجا)"**، مجلة القانون، المجلد4، عدد 5، ديسمبر 2015، ص 124.

[2]- المادة 07 من الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات، مرجع سابق.

[3]- Article L323-2 : «Le fait d'entraver ou de fausser le fonctionnement d'un système de traitement automatisé de données est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 150 000 € d'amende. Lorsque cette infraction a été commise à l'encontre d'un système de traitement automatisé de données à caractère personnel mis en œuvre par l'Etat, la peine est portée à sept ans d'emprisonnement et à 300 000 € d'amende ».

[4]- نقلا عن علاء التميمي، مرجع سابق، ص 574.

[5]- المرجع أعلاه.

الفرع الثاني

مسؤولية الغير عن الاستعمال غير المشروع لوسائل الدفع الالكترونية

تعتبر إدارة وسائل الدفع الالكترونية احدى أهم العمليات المصرفية الالكترونية، وتعتبر هذه الوسائل الالكترونية الحديثة ذات طابع شخصي[1]، وذلك لأنها تصدر باسم حاملها ولاستعماله الشخصي، أو لاستعمال الشخص المعنوي من طرف ممثله القانوني. وبالتالي فإن استعمال الغير لها يعتبر عملا غير مشروع، وهذا بغض النظر عن طريقة حصول الغير على وسيلة الدفع إن كانت مشروعة أو غير مشروعة. ويقصد بالغير هنا كل من لم تصدر وسيلة الدفع الالكترونية باسمه[2]، سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا. فإذا استعمل الغير وسيلة الدفع بغير علم صاحبها كان استعمالا غير مشروع، ومن ثم قامت مسؤوليته الجزائية.

ونظرا لعدم تنظيم وسائل الدفع الالكترونية من طرف المشرع الجزائري، كما قلنا ذلك سابقا، ومن ثم عدم النص على الجرائم الواقعة على هذه الوسائل، بخلاف ما هو عليه الأمر بالنسبة لوسائل الدفع التقليدية ومنها الشيك الذي حضي بحماية جزائية كبيرة في القانون الجزائري[3]. حيث تم النص على الجرائم المتعلقة به بموجب قانون العقوبات[4] والقانون التجاري[5]، وكذا القانون المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الالكترونية[6]. وعليه فإننا سنحاول دراسة مدى امكانية إقامة المسؤولية الجنائية للغير انطلاقا من مختلف جرائم الأموال المحددة في قانون العقوبات الجزائري، أولا، على أن نتناول مسؤولية الغير على الاستعمال غير المشروع لوسائل الدفع الالكترونية من خلال التشريعات المقارنة التي تضمنت نصوصا خاصة تجرم الاستعمال غير المشروع لها، ثانيا.

أولا- مسؤولية الغير عن الاستعمال غير المشروع لوسائل الدفع الالكترونية بموجب القانون الجزائري

في غياب النصوص القانونية التي تجرم الأفعال غير المشروعة الواقعة على العمليات المصرفية الالكترونية بصفة عامة، و الواقعة على وسائل الدفع الالكترونية بصفة خاصة، حاول بعض الفقه إسقاط بعض الجرائم الواردة في قانون العقوبات على هذه الأفعال، في محاولة تكييف هذه الأفعال على أنها جرائم سرقة أو اختلاس أو نصب واحتيال أو تزوير أو خيانة أمانة. ونحن بدورنا نحاول إقامة المسؤولية

---

[1]- تنص المادة 2-2 من عقد بطاقة فيزا الدولية على: "تكون البطاقة شخصية بحتة، ولا يجوز استعمالها إلا من طرف صاحبها شخصيا، ويجب أن يوقع عليها فور استلامها".

[2]- حوالف عبد الصمد، مرجع سابق، ص 667.

[3]- أمال بوهنتالة، الحماية الجزائية للشيك في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه في الحقوق، جامعة باتنة، 2015، ص 88.

[4]- المواد: 37 مكرر2 ، 347، 375. من قانون الإجراءات الجزائية، المعدل بالأمر 15-02 المؤرخ في 23 جويلية 2015، ج ر رقم 40 بتاريخ 23 جويلية 2015.

[5]- المواد: 526 مكرر5، 526 مكرر6، 526 مكرر13، 537 من القانون التجاري.

[6]- المادة 53 من القانون 18-04، مرجع سابق.

الجزائية للغير عن الاستعمال غير المشروع لوسائل الدفع الالكترونية، من خلال جرائم الأموال الواردة في قانون العقوبات، إضافة لجريمة التزوير.

أ- جريمة سرقة واستعمال وسيلة الدفع الالكترونية المسروقة

تعتبر جريمة السرقة المنصوص عليها في القسم الأول تحت عنوان السرقات وابتزاز الأموال، من الفصل الثالث الخاص بالجنايات والجنح ضد الأموال، من أهم وأخطر الجرائم ضد الأموال الواردة بقانون العقوبات الجزائري.

1- الركن الشرعي

يمكن اعتبار نص المادة 350 الفقرة الأولى بمثابة الركن الشرعي لجريمة سرقة وسائل الدفع الالكترونية، حيث جاء فيها: "كل من اختلس شيئا مملوكا للغير يعد سارقا ويعاقب بالحبس من سنة (1) إلى خمس (5) سنوات وبغرامة من 100.000دج إلى 500.000دج".

2- الركن المادي

يتمثل الركن المادي لسرقة وسيلة الدفع الالكترونية في أن السارق يقوم بإخراج وسيلة الدفع الالكترونية من حيازة حاملها الشرعي، سواء كانت وسيلة الدفع مادية كالبطاقات البنكية الالكترونية أو معنوية كالمحافظ أو النقود الالكترونية، رغما عن حاملها وبدون رضاه[1]. ويقوم الركن المادي لجريمة السرقة على فعل الأخذ كنشاط إجرامي إيجابي يؤدي إلى نتيجة هي حيازة السارق للشيء محل السرقة، بإخراجه من حيازة مالكة أو حائزه دون رضاه أو علمه، أو بعلمه لكن دون رضاه عند تعرضه للتهديد والاكراه من قبل السارق.

ويثير سرقة أدوات الدفع الالكترونية، إشكالية تحديد الطبيعة المادية أو غير المادية لهذه الأدوات. فإذا كانت البطاقات البنكية ذات طبيعة مادية، فهي لا تثير أي اشكال ومن ثم يمكن أن تكون محلا للسرقة. إذ لا يثير الاستلاء عليها أي إشكال سواء بثبوت صفة المال لها، أو بنطاق صلاحيتها لفعل الاختلاس، فهي من جهة مال، ولو كانت ذات قيمة بسيطة، وهي في كل الأحوال غير معدومة القيمة، وأنها مال من طبيعة مادية، الأمر اللازم لتحقق جريمة السرقة. لكن سرقة محافظ النقود الالكترونية بطبيعتها غير المادية، كونها ملف معلوماتي، ومن ثم يجب التساؤل هل يمكن تكييف سرقة النقود الالكترونية ذات الطبيعة غير المادية على انها جريمة سرقة في غياب النصوص القانونية؟

[1]- حواف عبد الصمد، مرجع سابق، ص 669.

ثم إنه في الواقع، سرقة البطاقة البنكية بمفردها ليس له فائدة بالنسبة للسارق، لأنه عمليا لا يمكنه استعمالها من غير الرقم السري. فكتابة الرقم السري بطريقة خاطئة ثلاث مرات متتالية يعرض البطاقة للابتلاع من طرف موزع الأوراق المالية[1]، كما لا يمكن السارق من القيام بعمليات الدفع الإلكتروني لدى التجار أو على الانترنت. فقط يمكن استعمال البطاقة المسروقة بدون رقمها السري في حلات التزوير، كتركيب أحد مكوناتها على بطاقة أخرى. غير أن سرقة البطاقة من غير رقمها السري لا يخرج هذا الفعل من تكييف السرقة، فإن كانت هذه السرقة لا تنفع السارق فإنها بكل تأكيد تضر حامل البطاقة.

أما إذا كانت سرقة البطاقة مع رقمها السري فهي بكل تأكيد جريمة سرقة، فالبطاقة في حد ذاتها تعتبر مالا مملوكا للغير، ومعرفة رقمها السري يجعل لها قيمة مالية أكبر، نظرا لاستعمالها في سرقة الأموال من طرف السارق نفسه أو من طرف الغير.

3- الركن المعنوي

يجب أن يتوفر في الركن المعنوي القصد الجنائي، ويتمثل هنا في العلم والإرادة معا. العلم بعناصر الجريمة أي المال المسروق الملوك للغير، وإرادة متجهة إلى هذه العناصر و قبولها. ويتحقق الركن المعنوي أيضا متى سرق الجاني وسيلة الدفع الالكترونية بنية تملكها أو بنية الانتفاع بها أو استخدامها، كما يتحقق الركن المعني حتى بنية اتلاف وسيلة الدفع الإلكترونية مادامت النتيجة حرمان صاحبها منها بصفة نهائية.

ولا يمكن أن يتذرع الجاني بعدم معرفة الرقم السري للبطاقة مثلا، فالسرقة شيء والاستفادة من الشيء المسروق شيء آخر. وذلك على غرار سرقة شيكات غير موقع عليها، فالشيكات تصلح لأن تكون محلا للسرقة لأنها وإن كانت قليلة القيمة إلى أنها غير معدومة، كما يمكن سحبها بتوقيع مزور، والأمر نفسه بالنسبة للبطاقة البنكية الالكترونية[2]. ويعاقب على جريمة السرقة وفقا للمواد 250 وما بعدها من قانون العقوبات، حسب الظروف التي تمت فيها جريمة السرقة.

كما تقوم مسؤولية السارق الجزائية عند استعمال وسيلة الدفع الالكترونية للقيام بمختلف العمليات المصرفية، وهي جريمة مستقلة عن الأولى، فهي جريمة نصب[3] نتيجة استعماله لوسيلة الدفع المسروقة

---

[1]- المادة 03 من عقد بطاقة CIB، والمادة 08 من عقد بطاقة الدفع الالكتروني الذهبية.

[2]- حواف عبد الصمد، مرجع سابق، ص 677.

[3]- نصت المادة 372، فقرة 01 من قانون العقوبات على: "كل من توصل إلى استلام أو تلقي أموال أو منقولات أو سندات أو تصرفات أو أوراق مالية أو وعقود أو مخالصات أو ابراء من التزامات أو إلى الحصول على أي منها أو شرع في ذلك، وكان ذلك بالاحتيال لسلب كل ثروة الغير أو بعضها، أو الشروع فيه إما باستعمال أسماء أو صفات كاذبة أو سلطة خيالية أو اعتماد مالي خيالي أو بإحداث الأمل في الفوز بأي شيء أو في وقوع حادث أو أية واقعة أخرى وهمية أو الخشية من وقوع شيء منها، يعاقب بالحبس من سنة على الأقل إلى 05 سنوات على أكثر و بغرامة من 500دج إلى 20.000دج"

مستخدما الطرق الاحتيالية في إقناع المجني عليه، الذي هو مصدر وسيلة الدفع في هذه الحالة بوجود ائتمان وهمي.

والنصب هو كل فعل يباشره الجاني بنفسه أو بغيره و يتوصل من خلاله إلى تسلم مال منقول من الغير بدون وجه حق، و باستعمال وسائل الخداع التي نص عليها القانون، والتي يقع المجني عليه نتيجتها في الغلط الدافع للتسليم[1]. ويرى البعض أن هذه الجريمة ليست نصبا، لأن الذي تم النصب عليه هو الموزع الآلي للنقود، أو شبكة الانترنت، وهذه ألة ليست واعية. كما أنه عند الشراء أ و الاستفادة من الخدمات، من المتجر والدفع عن طريق البطاقة، يقوم الجاني بتوقيع مزور على الفاتورة، وهذه جريمة تزوير[2]. ويرى البعض[3] أن تكييف الفعل باعتباره نصب واحتيال باستعمال اسم كاذب أقرب للواقع، ذلك أن الحامل غير الشرعي للبطاقة يستعمل طرقا احتيالية تتمثل في تقديم صفة غير صحيحة للغير أو للآلة واسم كاذب، وهذه الطرق الاحتيالية تفضي في النهاية لسب الأموال من صاحبها.

ب- جريمة التزوير واستعمال وسائل الدفع الإلكترونية المزورة

يعد تزوير وتقليد وسائل الدفع الالكترونية بصفة عامة والبطاقات البنكية الالكترونية بصفة خاصة من أخطر الجرائم على وسائل الدفع، ذلك لأن صاحب وسيلة الدفع، بخلاف حالة فقدانها، لا يتوقع أي فعل إجرامي إلا عند فقده لكل أو بعض الأموال الموجودة بالحساب البنكي. ونظرا لعدم النص على تزوير واستعمال وسائل الدفع الالكترونية المزورة في قانون العقوبات الجزائري، سنحاول تطبيق جريمة تزوير الشيك كوسيلة دفع تقليدية، منصوص عليها في قانون العقوبات، على تزوير البطاقات الدفع الالكترونية. وهذا رغم أن هذا غير مسلم به، لأننا اعتبرنا البطاقة البنكية الالكترونية ورقة تجارية، غير أنها تستعمل في كل المجلات المدنية والتجارية.

1- الركن الشرعي

نصت المادة 375 من قانون العقوبات على: "يعاقب بالحبس من سنة إلى عشر سنوات وبغرامة لا تقل عن قيمة الشيك أو عن قيمة النقص في الرصيد؛ كل من زور أو زيف شيكا، كل من قبل استلام شيك مزور أو مزيف مع علمه بذلك". هذه المادة واردة ضمن القسم الثاني تحت عنوان "النصب وإصدار شيك بدون رصيد". غير أن جرائم التزوير بمختلف أنواعها نص عليها الفصل السابع ابتداء من المادة 197، كما نص على التزوير في المحررات العرفية أو التجارية أو المصرفية في القسم السابع، في المواد من 219 إلى 221.

---

[1]- منصور رحماني، القانون الجنائي للمال والاعمال، الجزء الأول، دار العلوم عنابة، 2012، ص 9.
[2]- حواف عبد لصمد، مرجع سابق، ص 681.
[3]- نورة بن بوزيد، مرجع سابق، ص 132.

يجتمع كل من الشيك وبطاقة الدفع الالكترونية في أن كلا منها وسيلة دفع مالية، وأن تزوير أيا منهما يؤدي إلى هدم الثقة لدى العامة فيهما كوسيلة دفع مأمونة، ومن ثم وجب حماية ثقة الاشخاص في هذه الأدوات والقيم والمحررات التي أضفى عليها المشرع أهمية قانونية ومالية خاصة، كما أنها أصبحت وسيلة لا يمكن للمجتمع الاستغناء عنها.

والتزوير هو تغيير الحقيقة في محرر بإحدى الطرق المنصوص عليها قانونا، تغييرا من شأنه أن يسبب ضررا إذا وقع بقصد الغش، ومن ثم فهو إدخال تغيير على شيء صحيح في الأصل. أما التزييف أو التقليد فهو اصطناع شيء كاذب ليشبه شيئا صحيحا، كصنع شيكا شبيها بالشيك الحقيقي[1].

2- الركن المادي

الركن المادي في جريمة التزوير هو تغيير الحقيقة في بيان أو اكثر من البيانات الواردة على المحرر، حيث يكون هذا التغيير من شأنه إحداث ضرر أو احتمال حدوثه. وتغيير الحقيقة في الشيك هو السوك الإجرامي المكون للركن المادي للجريمة. وجوهر تغيير الحقيقة هو الكذب أو الزيف، ومن ثم فإن إضافة شيء بسيط على الشيك أو حذف منه، يحدث تغييرا في الشيك، وينطبق عليه مفهوم التزوير، حتى و لو لم يعد مقبولا لدى البنك.

ويشترط أن يقع التغيير في محرر، كما يشترط في المحرر أن يكون مكتوبا، بغض النظر عن طريقة الكتابة أو اللغة، ولا يؤثر في حقيقة تزوير المحرر أن يكون هذا التزوير بخط المزور نفسه أو بخط غيره، كما لا يأثر نوع المحرر في عملية التزوير. تقوم الجريمة، وبعد قيام الاركان الاخرى، بمجرد قيام التزوير بصرف النظر عما إذا كان القائم بهذا الفعل قد استعمل الشيء المزور أم لم يستعمله، على اعتبار أن استعمال الشيء المزور هو في حد ذاته جريمة مستقلة عن جريمة التزوير، كما سنرى ذلك لاحقا.

يرى البعض أن تزوير البطاقة يمكن أن يقاس على تزوير النقود، وليس على تزوير المحررات [2]، على اعتبار أن البطاقة الالكترونية البنكية قد تحمل قيمة مالية كبرى، كما أن تزويرها يجب أن تطبق عليه أحكام جريمة تزوير الأموال، التي عقوبتها أشد من عقوبة تزوير المحررات العرفية. غير أنه في حقيقة الأمر أن القياس هنا غير جائز تماما.

ثم أن الاشكال الآخر الذي يقع هنا بمناسبة محاولة تطبيق أحكام تزوير الشيك على البطاقات البنكية الالكترونية، إذا سلمنا بذلك على اعتبار أن الشيك محرر عرفي، هو مدى انطباق صفة المحرر

[1]- أمال بوهنتالة، مرجع سابق، ص 144.
[2]- نقلا عن نورة بن بوزيد، مرجع سابق، ص 126.

على وسائل الدفع الالكترونية، التي قد يكون البعص منها غير مادي، كالنقود الالكترونية، ومن ثم لا تحمل صفة المحرر بكل تأكيد. من جهة أخرى فإن البعض يرى حتى أن البطاقة البنكية الالكترونية لا تحمل صفة المحرر، الذي تنطبق عليه أحكام جريمة تزوير الشيك[1]. وذلك لأن البطاقة الالكترونية تتكون من عناصر مادية هي شكل البطاقة ومكوناتها التي نراها بالعين، وعناصر غير المادية هي البيانات المسجلة على الشريط المغناطسي أو المعالج.

3- الركن المعنوي

الركن المعنوي في جريمة التزوير، يشتمل القصد الجنائي العام والقصد الجنائي الخاص، وهي من الجرائم العمدية. القصد الجنائي العام هو علم الجاني بأنه يرتكب الجريمة بجميع اركانها التي يحددها القانون، أي أنه يدرك أنه يغير حقيقة المحرر، بإحدى الطرق المنصوص عليها في القانون، حيث يكون هذا التغيير من شأنه أن يسبب ضررا للغير. والقصد الجنائي الخاص، الذي يشترطه المشرع في بعض الجرائم كما هو الشأن في جريمة التزوير، هو نية الجاني استعمال البطاقة أو الشيك المزور في الحال أو في المآل من طرفه هو أو من طرف الغير الذي ذكرناه سابقا كان عن جريمة تزوير وسيلة الدفع، أما استمال هذه الوسيلة فهو جريمة أخرى[2]، متى انطبقت عليها أركان الجريمة، التي هي جريمة تزوير الشيك محل القياس. فاستعمال المزور جريمة مستقلة عن التزوير. ولهذا جاءت في الفقرة الثانية من المادة 375 السابقة الذكر، "كل من قبل استلام شيك مزور مع علمه بذلك" وقبول الاستلام معناه قبول استعمال الشيك المزور.

الركن المادي لهذه الجريمة هو القيام بتسلم الشيك المزور واستعماله، فيجب أن يكون هناك ترابط بين الاستلام والاستعمال، والاستعمال هو الاستخدام فيما أعد له، فمجرد حيازته لا تعتبر استعمالا له، بل لابد من إظهاره والتمسك بقيمته كما لوكان صحيحا[3]. وهي جريمة مستمرة تبدأ بتقديم الورقة والتمسك بها، وتبقى مستمرة ما بقي مقدمها متمسكا بها.

أما الركن المعنوي فهو العلم بتزوير الشيك أو البطاقة البنكية، فيكفي أن يتوفر لدى مستلم الشيك العلم بأن الشيك مزور، ليتحمل المسؤولية الجزائية عن استعمال المزور ومن ثم يتعرض للعقوبات المنصوص عليها في المادة 375. ويجب أن يكون العلم بتزوير الشيك أو البطاقة سابقا عن استعمالها، أما العلم اللاحق فلا أثر له في الجريمة. مع الفارق الهام أن الشيك المزور لا يمكن استعماله إلا مرة

---

[1]- حواف عبد لصمد، مرجع سابق، ص 689.

[2]- تنص المادة 221 من قانون العقوبات على: "في الحالات المشار إليها في هذا القسم، يعاقب كل من استعمل المحرر الذي يعلم أنه مزور أو شرع في ذلك، بالعقوبات المقرر للتزوير وفقا للتقسيم المنصوص عليه في المادتين 219 و220".

[3]- نقلا عن نورة بن بوزيد، مرجع سابق، ص 153.

واحدة، بينما البطاقة المزورة يمكن استعمالها مرات عديدة، وهذا مبرر آخر لعدم تطبيق أحكام جريمة تزوير الشيك على تزوير البطاقة البنكية الالكترونية.

تبين لنا مما سبق أن القانون الجزائري لم يجرم الأفعال الإجرامية الضارة الناتجة عن وسائل الدفع الالكترونية، وقد يكون ذلك راجع لحداثتها. ولقد توصلنا إلى أن هناك صعوبة في تكييف الأفعال الضارة لهذه الوسائل مع الجرائم المقرر في القانون، وأن اجتهادات البعض في غياب النص كانت مختلفة ومتباينة. كما أن تقرير المسؤولية ، في غياب نص التجريم، أو تقرير الجريمة في غياب النص الصريح على الركن الشرعي ليس بالشيء اليسير.

ثانيا- مسؤولية الغير عن الاستعمال غير المشروع لوسائل الدفع الالكترونية بموجب القانون المقارن

تطورت المسؤولية الجزائية الناتجة عن الاستعمال غير المشروع لوسائل الدفع الالكترونية، بتطور وتغير مفهوم هذه الأخيرة. حيث تطور مفهوم وسائل الدفع الالكترونية من الوسائل المادية، إلى الوسائل غير المادية أو المادية « non matériel ou matériel ». وبهذا فقد عرف التوجيه الأوروبي الحديث Directive[1] (UE) 2019/713 المؤرخ في 17 أفريل 2019، المتعلق بمكافحة الغش والتزوير في وسائل الدفع من غير النقود، والذي عوض القرار الإطار Décision-cadre[2] N° 2001/413/JAI المؤرخ في 28ماي 2001، وسائل الدفع، من غير النقود، على أنها: كل جهاز، أداة أو تسجيل محمي، غير مادي أو مادي أو توفيق لهذه العناصر، من غير النقود، التي تمكن بطبيعتها أو بخصوصيتها، حاملها أو مستعملها، من تحويل الأموال أو القيم النقدية بما فيها النقود الالكترونية[3].

ولقد حددت نفس المادة مفهوم "الجهاز أو الأداة أو التسجيل المحمي" الوارد بالتعريف على أنه أي جهاز أو أداة أو تسجيل محمي ضد التقليد أو الاستعمال غير المشروع، مثلا بسبب تصميمه أو عن طريق تشفير أو إمضاء الكتروني[4].

ولقد وسع هذا التوجيه من مفهوم وسائل الدفع لتشمل ليس فقط وسائل الدفع الالكترونية، مثل بطاقات الائتمان والدفع وتحويل الاموال عن طريق الانترنت، بل يمكن أن تشمل أيضا النقود الافتراضية،

[1] - Directive (UE) 2019/713, op.cit.
[2] - Décision-cadre du conseil N° 2001/413/JAI, du 28 mai 2001, Concernant la lutte et la contrefaçon des moyens de paiements autres que les espèces, JO L149/1 du 2.6.2001.
[3] -Article 2-a : Instrument de paiement autre que les espèces: un dispositif, objet ou enregistrement protégé non matériel ou matériel ou une combinaison de ces éléments, autre que la monnaie légale, qui, à lui seul ou en liaison avec une procédure ou un ensemble de procédures, permet à son titulaire ou à son utilisateur d'effectuer un transfert d'argent ou de valeur monétaire, y compris par des moyens d'échange numériques.
[4]- Dispositif, objet ou enregistrement protégé: un dispositif, objet ou enregistrement protégé contre les imitations et les utilisations frauduleuses, par exemple dans sa conception ou par un codage ou une signature.

ومحفظة النقود الالكترونية. ولهذا أضاف في تعريف وسائل الدفع أدوات الدفع غير المادية، التي تكون على شكل بيانات أو ملفات الكترونية مثل النقود الافتراضية.

ولقد دعا التوجيه الأوروبي الأخير الدول الأعضاء إلى تجريم الاستعمال غير المشروع والعمدي لوسائل الدفع الالكترونية المسروقة، والمغتصبة أو المتحصل عليها بطرق أخرى غير شرعية. كما دعا إلى تجريم الاستعمال غير المشروع لكل وسائل الدفع الالكترونية المزيفة والمزورة[1].

ومن جهتها الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات لسنة 2010، دعت الدول الأعضاء إلى تعديل تشريعاتها الداخلية بما ينص على تجريم الأفعال غير المشروعة المتعلقة بوسائل الدفع الالكترونية، في ما يتعلق بتزوير أو صناعة أو وضع أجهزة أو مواد تساعد على تزوير أو تقليد أية وسيلة من وسائل الدفع الالكتروني. كما دعت إلى تجريم كل من قبل وسيلة من وسائل الدفع الالكتروني المزورة، مع علمه بأنها مزورة[2]. ورغم مصادقة الجزائر على هذه الاتفاقية، إلا أنها لحد الساعة لم تصدر أيا من النصوص القانونية الجديدة، ولم تعدل النصوص القديمة، كي تجرم الاستعمال غير المشروع لوسائل الدفع الالكترونية.

ولقد نصت مدونة التجارة المغربية لسنة 1996 على تجريم كل تزييف أو تزوير لوسائل الدفع (وسائل الأداء)، وكل استعمال أو محاولة استعمال مع العلم بالتزوير، لكل وسيلة دفع مزيفة أو مزورة. كما جرمت كل من قبل أداء دفعا بواسطة وسيلة دفع مزيفة أو مزورة مع علمه بذلك[3]. وأحالت المادة 331 من مدونة التجارة المغربية، إلى المادة 316 من نفس المدونة للنص على العقوبات، وهي العقوبات نفسها المتعلقة بجرائم الشيك.

لكن ما الذي يبين لنا أن وسائل الدفع هذه التي تم تجريم الأفعال غير المشروعة المتعلقة بها تشمل وسائل الدفع الالكترونية؟ الإجابة على هذا التساؤل موجود في المدونة المغربية نفسها من خلال المادة 329، والتي جاءت مع المادة السابقة تحت عنوان "وسائل أداء أخرى". حيث عرفت وسائل الدفع (وسائل الأداء) على أنها "كل وسيلة تمكن كل شخص من تحويل أموال كيفما كانت الطريقة أو الخطة التقنية المستعملة"[4]. فعبارة "كل وسيلة" إضافة إلى عبارة "كيفما كانت الطريقة أو الخطة التقنية

---

[1]- Article 3 : Utilisation frauduleuse des instruments de paiement autres que les espèces :

Les États membres prennent les mesures nécessaires pour ériger en infraction pénale punissable les agissements ci-après, lorsqu'ils sont intentionnels: a) l'utilisation frauduleuse d'un instrument de paiement autre que les espèces, volé, usurpé ou obtenu par d'autres moyens illégaux; b) l'utilisation frauduleuse d'un instrument de paiement autre que les espèces, faux ou falsifié.

[2]- المادة 18 فقرة 01 و04 من الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات، مرجع سابق.

[3]- المادة 331 من مدونة التجارة المغربية، مرجع سابق.

[4]- المادة 329 من مدونة التجارة المغربية، مرجع أعلاه.

المستعملة" تتضمن كل وسائل الدفع ومنا الالكترونية التي منها البطاقات البنكية الالكترونية المستعملة في المملكة المغربية.

ثم إن التعريف الوارد لوسائل الدفع السابق بموجب مدونة التجارة المغربية، يقترب تماما من التعريف الوارد بموجب المادة 69 من قانون النقد والقرض، والتي عرفت وسائل الدفع على أنها: "كل الأدوات التي تمكن كل شخص من تحويل أموال مهما كان السند أو الأسلوب التقني المستعمل". فهذا التعريف يشمل أيضا كل وسائل الدفع الالكتروني، بما فيها البطاقات البنكية الالكترونية المستعملة في الجزائر. لكن المشرع الجزائري توقف عند هذا الحد ولم ينص بعد هذه المادة، لا في هذا القانون ولا في القانون التجاري ولا في غيرهما، على تجريم الأفعال غير المشروعة المتعلقة بوسل الدفع بمفهوم الماد 69 السابقة الذكر. كما لم يقم بالإحالة إلى الجرائم المتعلقة بالشيكَ؟

ولتفصيل الجرائم المتعلقة بالاستعمال غير المشروع لوسائل الدفع الالكترونية كما جاءت في التوجيه الأخير للاتحاد الاوروبي رقم 713/2019، نقسمها إلى وسائل دفع مادية ووسائل دفع غير مادية.

أ- الجرائم المتعلقة بالاستعمال غير المشروع لوسائل الدفع الالكترونية المادية

رغم أن الاستعمال غير المشروع لوسائل الدفع المادية بما فيها الالكترونية مجرم بموجب معظم القوانين الداخلية لدول الاتحاد الأوروبي، إلا أن التوجيه الأوربي الأخير أعاد التأكيد عليها بموجب المادة 04 منه، وفي هذا الإطار دعت هذه المادة الدول الأعضاء إلى تجريم هذه الأفعال من خلال النص على العقوبات الجزائية المناسبة لها.

حيث جرم التوجيه الأوروبي الأخير في نص المادة 04 كل عمليات السرقة والغصب لوسائل الدفع المادية بما فيها الالكترونية[1]. كما جريم أيضا التزوير والتزييف بطريقة احتيالية الواقع على كل هذه الوسائل. وجرم ايضا حيازة وسيلة الدفع المادية المسروقة والمغتصبة أو المتحصل عليها بطرق غير مشروعة أو مزورة . وجرمت أيضا نفس المادة كل تعامل مع وسائل الدفع المسروقة أو المزورة، بسبب

[1]- Article 4 :

Infractions liées à l'utilisation frauduleuse d'instruments de paiement matériels autres que les espèces Les États membres prennent les mesures nécessaires pour ériger en infraction pénale punissable les agissements ci-après, lorsqu'ils sont intentionnels: a) le vol ou autre usurpation d'un instrument de paiement matériel autre que les espèces; b) la contrefaçon ou la falsification frauduleuses d'un instrument de paiement= =matériel autre que les espèces; c) la possession d'un instrument de paiement matériel autre que les espèces, volé, usurpé ou obtenu par d'autres moyens illégaux ou faux ou falsifié, en vue de son utilisation frauduleuse; d) l'obtention pour soi-même ou autrui, y compris la réception, l'appropriation, l'achat, le transfert, l'importation, l'exportation, la vente, le transport ou la diffusion, d'un instrument de paiement matériel autre que les espèces, volé, faux ou falsifié, en vue de son utilisation frauduleuse.

استعمالها بطريقة الغش. وجرمت كل تصرف متعلق بالحصول على هذه الوسائل أو استلامها أو امتلاكها أو شرائها أو تحويلها أو استيرادها أو تصديرها أو شرائها أو نقلها أو توزيعها أو نشرها.

ولقد أحال التوجيه السابق الذكر تحديد مفهوم الجرائم المتعلقة بالغش، التزوير، السرقة، أو التملك غير المشروع، في ما يتعلق بوسائل الدفع المادية ، إلى المفاهيم الواردة بالقوانين الداخلية للدول الأعضاء، لأن هذه المفاهيم كانت موجودة قبل ظهور عصر الرقمنة[1].

ومن جهته المشرع الفرنسي كان قد جرم قبل صدور هذا التوجيه، كل الأفعال غير المشروعة المعلقة بكل وسائل الدفع المادية ومنها وسائل الدفع الالكترونية، من خلال النص على الجرائم المتعلقة بها صراحة في القانون النقدي والمالي، وكذا العقوبات المطبقة عليها وعلى جرائم الشيك. وبهذا جرم تزوير وتزييف وسائل الدفع الالكترونية وكذا استعمالها أو محاولة استعمالها، مع العلم بأنها مزورة. كما جرم قبول أو استلام دفع بوسائل مزورة مع العلم بذلك[2].

ب- الجرائم المتعلقة بالاستعمال غير المشروع لوسائل الدفع الالكترونية غير المادية

أهم إضافة جاء بها التوجيه الأوروبي 713/2019 المتعلق بمكافحة الغش والتزوير في وسائل الدفع من غير النقود السابق الذكر، هو توسيع مجال تطبيقه إلى وسائل الدفع غير المادية، ومن ثم تجريم الاستعمال غير المشروع لهذه الوسائل غير المادية. والحقيقة أن هذا التوجيه يعتبر قد حقق قفزة نوعية في دفع الدول الأوروبية إلى مواكبة حركة التشريع للتطور التكنولوجي الحاصل في قطاع البنوك والمعاملات المالية، نتيجة التطور الهائل في وسائل الاعلام والاتصال. ففي الوقت الذي لا تزال فيه كثير من الدول، ومنها الجزائر، لم تنظم بعد حتى وسائل الدفع الالكترونية العادية مثل البطاقات البنكية الالكترونية، ولم تنص على الجرائم الواقعة بمناسبة الاستعمال غير المشروع لها، نرى الدول الأوروبية قد قطعت أشواطا كثيرة في هذا الطريق، فهي لم تكتف بتنظيم وسائل الدفع الالكترونية المادية مثل البطاقات البنكية، إنما اتجهت إلى تعديل قوانينها لمواكبة التطور الحاصل في وسائل الدفع الالكترونية وخاصة في ما يخص النقود الافتراضية ومحافظ النقود الالكترونية.

وفي هذا الاطار دعا التوجيه الأوروبي الدول الأعضاء إلى القيام بالإجراءات الضرورية من أجل النص على تجريم الأفعال العمدية غير المشروعة المتعلقة بوسائل الدفع الالكترونية غير المادية،

[1]- Considérant 15 de la directive 2019/713. op.cit.

[2]- Article L 163- du code monétaire et financière, modifie le 23.03.2019 :

Est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 375 000 euros le fait pour toute personne :1. De contrefaire ou de falsifier un chèque ou un autre instrument mentionné à l'article L. 133-4 ;2. De faire ou de tenter de faire usage, en connaissance de cause, d'un chèque ou un autre instrument mentionné à l'article L. 133-4 contrefaisant ou falsifié ;3.D'accepter, en connaissance de cause, de recevoir un paiement au moyen d'un chèque ou d'un autre instrument mentionné à l'article L. 133-4 contrefaisant ou falsifié.

والمعاقبة على هذه الجرائم بالعقوبات المناسبة. كما دعا التوجيه إلى تجريم الحصول على أية وسيلة دفع غير مادية بطريقة غير مشروعة أو اختلاسها، وذلك عندما تكون سببا في القيام بالجرائم المتعلقة بالدخول غير المشروع لأنظمة الاعلام الآلي، أو الإضرار بسلامة هذه الأنظمة، أو الإضرار بسلامة المعطيات الموجودة داخل هذه الأنظمة، أو الاعتراض غير المشروع لحركة المعطيات[1].

كما جرم التوجيه الأوربي 713/2019، بموجب المادة 05 لأول مرة، تزوير وتزييف وسائل الدفع غير المادية[2]. وجرم أيضا حيازة وسائل الدفع غير المادية المتحصل عليها بطرق غير شرعية، أو المزورة أو المزيفة، وذلك في حالة استعمالها بطريقة الغش، وفي في حالة معرفة النسخة المزيفة وقت الحيازة. وجرمت أيضا نفس المادة كل تعامل مع وسائل الدفع غير المادية المسروقة أو المزورة، بسبب استعمالها بطريقة الغش. وجرمت كل تصرف متعلق بالحصول على هذه الوسائل من طرف الشخص نفسه أو من طرف الغير، أو بيعها أو تحويلها أو نشرها أو توفيرها للغير.

ولقد نص التوجيه الأوروبي المتعلق بمكافحة الغش في وسائل الدفع، على العقوبات الجزائية المقرر في مواجهة الجرائم المعلقة بوسائل الدفع المادية أو غير المادية[3]. وميز بين العقوبات المسلطة على الشخص الطبيعي، وتلك المسلطة على الشخص المعنوي. حيث نص على العقوبات المقررة للشخص الطبيعي من سنة إلى 05 سنوات سجن، حسب نوع الجريمة.

كما نص ذات التوجيه على المسؤولية الجزائية للأشخاص المعنوية على الجرائم الواردة في هذا التوجيه، التي تقوم بمناسبة الأفعال التي تكون لصالحهم، من طرف أي شخص يتصرف بطريقة فردية أو بصفة عضو في شخص معنوي، عندما تكون سلطة القرار متعلقة بتمثيل الشخص المعنوي، أو سلطة اتخاذ القرارات باسم الشخص المعنوي، أو سلطة الرقاة لأجهزة الشخص المعنوي[4]. ولقد دعا ذات التوجيه الدول الأوروبية إلى تسليط العقوبات المناسبة والرادعة على الشخص المعنوي، بعد ثبوت مسؤوليته عن

---

[1] - Articles 03 à 06 du directive 2013/40/CE du parlement européenne et du conseil, du 12 aout 2013, relative au attaques contre les systèmes d'information et remplaçant la décision-cadre 2005/222/JAI su conseil, JO N° L218/8 du 14.8.2013.

[2]- Article 5 du directive 2019/713:

Infractions liées à l'utilisation frauduleuse d'instruments de paiement non matériels autres que les espèces=

=Les États membres prennent les mesures nécessaires pour ériger en infraction pénale punissable les agissements ci-après, lorsqu'ils sont intentionnels: a) l'obtention illégale d'un instrument de paiement non matériel autre que les espèces, au moins lorsqu'elle implique la commission de l'une des infractions visées aux articles 3 à 6 de la directive 2013/40/UE, ou le détournement d'un instrument de paiement non matériel autre que les espèces; b) la contrefaçon ou la falsification frauduleuses d'un instrument de paiement non matériel autre que les espèces; c) la détention d'un instrument de paiement non matériel autre que les espèces, obtenu par des moyens illégaux, falsifié ou faux, en vue de son utilisation frauduleuse, au moins si l'origine illégale est connue au moment de la détention de l'instrument; d) l'obtention pour soi-même ou autrui, y compris la vente, le transfert ou la diffusion, ou la mise à disposition, d'un instrument de paiement non matériel autre que les espèces obtenu par des moyens illégaux, falsifié ou faux, en vue de son utilisation frauduleuse.

[3]- Article 9 de la directive (UE) 2019/2366, op cit.

[4]- Article 10 de la directive (UE) 2019/2366.op.cit.

الجرائم المتعلقة بوسائل الدفع الالكترونية المادية أو غير المادة، على أن تكون هذه العقوبات على شكل غرامات جزائية أو غير جزائية، مع إمكانية إضافة عقوبات أخرى.

ومن العقوبات المقترحة من طرف التوجيه 2366/2019 لجرائم الشخص المعنوي[1]: المنع بصفة مؤقتة أو دائمة من ممارسة النشاط التجاري، الوضع تحت الرقابة القضائية، القيام بالإجراءات المعلقة بحل الشخص المعنوي، الغلق المؤقت أو الدائم للمؤسسة التي قامت بالجريمة.

[1]- Ibid, Article 11.

خلاصة الفصل الأول

لم يتضمن التشريع الجزائري نصوصا خاصة بالمسؤولية المدنية عن العمليات المصرفية، لا التقليدية ولا الإلكترونية، هذا بخلاف تشريعات بعض الدول التي نظمت العمليات المصرفية الالكترونية ووسائل الدفع الالكترونية بقوانين خاصة، ومن ثم أوردت نصوصا خاصة تقيم مسؤولية مختلف الأطراف إذا توافرت شروطها.

يمكن إقامة مسؤولية البنك على أساس نظرية المخاطر لتوفير الحماية الكافية للعميل عند القيام بالعمليات المصرفية الالكترونية، وذلك على أساس أن البنك شخص مهني محترف لهذه العمليات المصرفية، ولا بد أن يكون مدركا لمخاطر تلك العمليات والأنظمة الالكترونية التي تنفذ من خلالها، وهو مطالب باتخاذ كافة الوسائل والاحتياطات اللازمة لتلافي الأخطار الناجمة عنها.

نظرا لعدم إمكانية توفير الحماية لعميل البنك الالكتروني بموجب نصوص القانون المدني، استدركت الأمر بعض التشريعات الحديثة، في مجال العمليات المصرفية الالكترونية، ونصت على عدم جواز تضمين العقود التي تربط البنك بالعميل أي شرط يعفي البنك من المسؤولية، بصفة كلية أو جزئية.

كما نصت بعض التشريعات المقارنة على أن البنك يكون مسؤولا مسؤولية عقدية شخصية اتجاه العميل عن تنفيذ العمليات المصرفية الالكترونية، ويكون أيضا مسؤولا بقوة القانون عن حسن تنفيذ الخدمات المطلوبة منه من طرف العميل ، سواء تم تنفيذها من قبله هو أو من قبل بنوك أو وسطاء ماليين آخرين.

لم يتضمن التشريع الجزائري نصوصا خاصة تجرم بصفة صريحة الأعمال غير المشروعة المتصلة بالعمليات المصرفية الالكترونية. ولأنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، لا يمكن تطبيق الجرائم المتعلقة بالأموال الواردة بقانون العقوبات الجزائري على وسائل الدفع الالكترونية، ولا يمكن إقامة المسؤولية الجزائية بموجب هذه النصوص، وذلك للاختلاف الواضح للأموال محل التجريم مع وسائل الدفع الالكتروني.

في غياب النصوص القانونية الصريحة، يمكن تطبيق النصوص المتعلقة بالمساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات، الواردة في تعديل سنة 2004 لقانون العقوبات، على الجرائم الماسة بالنظام البنكي الالكتروني ومختلف الأنظمة الالكترونية التي تعمل من خلالها وسائل الدفع الالكترونية، وذلك لوحدة البيئة الالكترونية الافتراضية في الحالتين.

الفصل الثانـي
نظام تسوية منازعات العمليات المصرفية الالكترونية

عند دراستنا لطرق تسوية منازعات العمليات المصرفية الالكترونية واجهنا صعوبتان أساسيتان، تتعلق الأولى بالنظام القضائي المختص أو المحكمة المختصة بنظر النزاع، وذلك بسبب الطبيعة الدولية للعقد، واختفاء البعد المكاني للعملية المصرفية في الفضاء الالكتروني، وإذا اتضح لنا القضاء المختص فإننا نواجه الصعوبة الثانية المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق. هذا ما دعانا الى محاولة تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص لمعرفة القضاء المختص وتحديد القانون الواجب التطبيق.

غير أن هذه المنازعات ذات طبيعة الكترونية خاصة، نشأت في بيئة الالكترونية افتراضية، ومن ثم فإنه من الصعب محاولة البحث عن الحلول لمنازعاتها في غير البيئة التي نشأت فيها، ومنه برزت ضرورة البحث في إمكانية تطبيق ما يسمى بالقواعد الموضوعية للقانون التجاري الإلكتروني.

يلاحظ أن معظم القوانين الأجنبية الصادرة حديثا والتي تطرقت إلى تنظيم العقود الالكترونية، بما فيها عقود الخدمات المالية والمصرفية تشجع المتقاضين على اللجوء إلى الطرق البديلة عن القضاء لحل المنازعات التي قد تنشأ بينهم، لكن الاشكال الذي يطرح هنا في صدد البحث عن حلول لمنازعات العمليات المصرفية الالكترونية بالطرق البديلة هو أن هذه الطرق ظهرت قبل ظهور العقود الالكترونية، وهي في أصلها تدعم المنازعات التي نشأت عن عقود تقليدية أو غير الكترونية، هذا ما يدفعنا إلى البحث عن تكييف هذه الطرق البديلة التقليدية مع طبيعة المنازعة المصرفية الالكترونية.

وبالنظر إلى أن الأصل العام لتسوية المنازعات، أن تنظر هذه الأخيرة أمام القضاء العادي للدولة، نتطرق لدراسة التسوية القضائية لمنازعات العمليات المصرفية الالكترونية، من خلال التطرق لتحديد النظام القضائي المختص للفصل في المنازعة، وكذا القانون المطبق عليها في المبحث الأول، على أن نتطرق لدراسة مدى امكانية حل هذه المنازعات بالطرق البديلة عن القضاء، وضرورة تكييف هذه الطرق البديلة مع خصوصية المنازعة المصرفية الالكترونية، في المبحث الثاني.

المبحث الأول

التسوية القضائية لمنازعات العمليات المصرفية الالكترونية

تتم العمليات المصرفية الالكترونية بين البنك أو المؤسسة المالية، والزبون، عبر الوسائط الالكترونية، ومن غير الحضور الفعلي للزبون للبنك للقيام بالعملية. وقد تكون العملية أو الخدمة المصرفية موضوع الخدمة وطنية، بمعنى أن كلا من البنك والزبون مقيمان في نفس الدولة. وفي حالة ظهور نزاع بين البنك والعميل، فإن القانون الواجب التطبيق لا يثور حوله إشكال في هذه الحالة، فالمنازعة تخضع للقانون الوطني للطرفين. لكن الزبون قد يتعاقد الكترونيا مع البنك من أي منطقة على التراب الوطني، كما قد يقوم بالعملية المصرفية أيضا من أية مكان من الوطن، وذلك لكون العملية الكترونية، ومن هنا يثور التساؤل حول المحكمة المختصة للفصل في النزاع.

وقد تكون العملية المصرفية الالكترونية خارجية، أي أن كل من البنك والزبون يقيمان في دولتين مختلفين، في حالة ظهور نزاع نتيجة تنفيذ هذه العملية، نكون أمام حالة تنازع الاختصاص القضائي الدولي، كما نكون أما حالة تنازع القوانين. ومنه يثور التساؤل حول القاضي المختص للفصل في نزاع العملية المصرفية الالكترونية. وعليه نتطرق لدراسة مدى ملاءمة قواعد الاختصاص القضائي التقليدية لفض نزاعات العمليات المصرفية الالكترونية في مطلب أول، على أن نتطرق لدراسة القانون الواجب التطبيق على هذا النوع من النزاعات في مطلب ثان.

المطلب الأول

مدى ملاءمة قواعد الاختصاص القضائي التقليدية لفض منازعات العمليات المصرفية الالكترونية

في حالة وجود نزاع حول تطبيق عقد مصرفي الكتروني، ويريد أحد الطرفين رفع هذا النزاع إلى القضاء، فما هي المحكمة المختصة؟ نميز في هذه الحالة بين احتمالين، حسب معيار موطن المتنازعين: ففي حالة كون العقد المصرفي الكتروني، عقد داخلي، أي مبرم بين بنك أو مؤسسة مالية تقدم الخدمات المصرفية الكترونيا وزبون وطني، يقيمان في نفس الدولة، في هذه الحالة، لا يوجد أي اشكال، حيث يختص القضاء الداخلي بالفصل في النزاع. أما الاحتمال الثاني فهو كون العقد المصرفي الالكتروني عقد دولي، أي مبرم بين بنك وزبون يقيمان في دولتين مختلفتين، أي عندما يكيف العقد على أنه عقد دولي، على أساس المعايير التي ذكرناها سابقا عند الحديث عن خصائص العقد المصرفي الإلكتروني، هنا نبحث عن امكانية تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص المتعلقة بتنازع الاختصاص القضائي، لتحديد المحكمة المختصة للفصل في النزاع.

لكن تصطدم ضوابط الاختصاص القضائي الدولي المتعلقة بالعقود الدولية، بكثير من الصعوبات والإشكالات في تطبيقها على العقود الالكترونية، بصفة عامة وعقود الخدمات المصرفية الالكترونية بصفة خاصة. هذه الاشكالات تجد مبررا لها في تغير المفاهيم التقليدية للضوابط المرتبطة بها، مثل ضابط الموطن، ضابط محل الالتزام أو مكان تنفيذه ومفهوم المال وغيرها. هذه المفاهيم تغيرت في البيئة الالكترونية الافتراضية ولم يعد لها نفس المفهوم التقليدي الذي كان في البيئة المادية.

كما تجد ضوابط تحديد الاختصاص القضائي الدولي أيضا صعوبة في تطبيقها بدخول مفهوم الحماية الخاصة الممنوحة، خاصة بموجب القوانين الأوربية حديثا للمستهلك المتعاقد عن طريق عقود الكترونية دولية. وبهذا فقوانين الاتحاد الأوروبي تفرق، في تحديد الاختصاص القضائي الدولي بين حالة وجود المستهلك كطرف في العقد الالكتروني وحالة عدم وجوده. أي بين كون العقد الالكتروني مبرم بين مستهلك ومهني (بنك أو مؤسسة مالية)، أو كون العقد مبرم بين مهني وبنك. ومنه نتناول دراسة مدى ملاءمة قواعد الاختصاص القضائي لتسوية منازعات العمليات المصرفية الالكترونية من خلال التطرق لحالة ابرام العقد المصرفي مع مهني في فرع أول، على أن نتناول حالة ابرام العقد مع مستهلك في فرع ثان.

الفرع الأول

في حالة ابرام العقد مع مهني

لتحديد النظام القضائي المختص للفصل في النزاع بين مهنيين، أي بين بنك أو مؤسسة مالية تقدم الخدمات المصرفية الكترونية، ومهني آخر أو تاجر، فإننا نفرق بين حالتين، حالة اتفاق الطرفين على المحكمة المختصة للفصل في النزاع، أي إرادة الطرفين في تحديد المحكمة المختصة، وهل هذه الإرادة صريحة أم ضمنية، وحالة عدم وجود اتفاق على هذه المحكمة القضائية للفضل في النزاع القائم بينهما.

أولا- في حالة الاتفاق على الجهة القضائية المختصة

الأساس في تحديد المحكمة المختصة في العقد الدولي هو إرادة الأطراف، بعض النظر إن كانت صريحة أو ضمنية. ومنه فإن إعمال الإرادة في العقود الالكترونية، بغض النظر عن موضوع العقد، أمرا طبيعيا ومتوافقا مع ما هو مقرر في مجال تنازع القوانين، حيث يعترف بدور الارادة في تحديد القانون

الواجب التطبيق، كما أن هذا الشرط يقلل من عدم الأمان في منازعات التجارة الدولية، نتيجة عدم وجود تنظيم دقيق لحل نزاعات هذه التجارة[1].

ورغم أن بعض الفقه يرى أن أنه لا يجوز أن يعتمد الاختصاص القضائي الدولي على إرادة الأطراف، لأن قواعد الاختصاص تعتبر من النظام العام، فلا يمكن أن يترك لهذه الأطراف تعديل قواعد الاختصاص، ولأن السلطة القضائية هي مظهر من مظاهر سيادة الدول، إلا أن البعض الآخر من الفقه يرى أن إعمال مبدأ سلطان الإرادة في مجال الاختصاص القضائي الدولي، يكون فقط في حالة كون اتفاق الخصوم جالبا لاختصاص المحاكم الوطنية، أما إذا كان الاتفاق مؤديا إلى ابعاد اختصاص المحاكم الوطنية فلا يجوز الاعتداد بهذا الاتفاق[2].

ولقد كرست هذا الضابط كثير من الاتفاقيات والقوانين الدولية والاقليمية. حيث نصت المادة 17 من اتفاقية لاهاي لسنة 1971، المتعلقة بالاختصاص القضائي الدولي والاحكام الاجنبية في المسائل المدنية والتجارية، على مبدأ الخضوع الاختياري لولاية القضاء، وأعطت "للأطراف الحرية الكاملة في أن يتفقوا على اختصاص قضاء معين..."[3]. ولقد نصت المادة 23 من التنظيم الاوروبي رقم 44/2001[4] تحت عنوان تمديد الاختصاص، على أنه إذا كان لأحد الاطراف على الأقل موطن في دولة عضو بالاتحاد الأوروبي، و تم الاتفاق على أن تختص إحدى محاكم الدول الاعضاء في منازعاتهم التي نشأت أو يمكن أن تنشأ في المستقبل، فإن هذه المحاكم تكون مختصة[5].

من جهته القانون العربي الإسترشادي للمعاملات والتجارة الالكترونية لسنة 2009، كرس حق طرفي العقد في المعاملة الالكترونية، على الاتفاق على ولاية محاكم دولة ما لنظر النزاع الذي قد ينشأ بينها، بمناسبة تلك المعاملة الالكترونية. وأن هذا الاتفاق الوارد بالعقد هو الذي يجب أن يطبقه القاضي[6].

---

[1]- صفاء فتوح جمعة فتوح، منازعات عقود التجارة الدولية بين القضاء والتحكيم آليات فض المنازعات، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2013، ص 64.

[2]- انظر تفصيل الآراء المؤيدة والعارضة لمبدأ سلطان الإرادة لدى صفاء فتوح جمعة فتوح، مرجع سابق، ص 63 و ما بعده.

[3]- ذكرته صفاء فتوح جمعة فتوح، مرجع سابق، ص 68.

[4]- Règlement (CE) N° 44/2001 du conseil, du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. Disponible sur le site : https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR

[5]- Article 1-1 du règlement N° 44/2001 :

Si les parties, dont l'une au moins à son domicile sur le territoire d'un État membre, sont convenues d'un tribunal ou de tribunaux d'un État membre pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ce tribunal ou les tribunaux de cet État membre sont compétents.

[6]- تنص المادة 39 فقرة 01 من القانون العربي الإسترشادي للمعاملات والتجارة الالكترونية لسنة 2009 على: "إذا اتفق طرفا المعاملة الالكترونية على ولاية محاكم دولة ما لنظر النزاع الذي ينشأ بينهما بشأن تلك المعاملة أو بسببها، فإن محاكم تلك الدولة تكون هي المختصة بنظر النزاع".

وبعيدا عن هذا الجدل الفقهي نصت المادة 18، فقرة 01 من القانون المدني الجزائري، المعدلة سنة 2005 على: "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقة بالمتعاقدين أو بالعقد".

يتضح من نص هذه المادة أن تطبيق ضابط قانون الإرادة هو الأصل في معرفة القانون واجب التطبيق في المنازعات المدنية أو التجارية الدولية. لكن هذه المادة تتحدث عن الشق الموضوعي، وليس الشكلي، أي هذه المادة لا تنص على الإجراءات ولا تنص على المحكمة المختصة.

غير أن المادة 21 مكرر من القانون المدني تنص على: "يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات". ومن ثم فإن قانون القاضي هو المطبق في تحديد الجهة القضائية المختصة. وعليه عندما يطرح نزاع يتعلق بالخدمات المصرفية المقدمة الكترونيا على القاضي الجزائري، فإن مسالة تحديد ما إذا كان مختصا أم لا، يعود لقانون الاجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

كما أن المادة 45 قانون الاجراءات المدنية والإدارية[1]، تنص على: "يعتبر لاغيا وعديم الأثر كل شرط يمنح الاختصاص الاقليمي لجهة قضائية غير مختصة، إلا إذا تم بين التجار". وتنص المادة 46 من ذات القانون على: "يجوز للخصوم الحضور باختيارهم أمام القاضي، حتى ولو لم يكن مختصا اقليميا. يوقع الخصوم على تصريح بطلب التقاضي، وإذا تعذر التوقيع، يشار إلى ذلك. يكون القاضي مختصا طيلة الخصومة، ويمتد الاختصاص في حالة الاستئناف إلى المجلس القضائي التابع له".

بالجمع بين المادتين السابقتين يتضح أن إعمال الإرادة باختيار الأطراف للمحكمة التي تفصل في النزاع ممكن إذا كان طرفي النزاع تجارا، إي يمكن للبنك والمؤسسة المالية، والتي لها طبيعة تجارية، من جهة والمهني أو التاجر، الاتفاق على محكمة للفصل في النزاع بينهما، من غير المحكمة المختصة، ولكن اقليميا فقط وليس نوعيا وبين محاكم وطنية فقط لا غير.

من جهة أخرى يمكن لأطرف النزاع، ولو لم يكونوا تجارا، الاتفاق واختيار محكمة للفصل في النزاع، من غير المحكمة المختصة، بشرط الحضور أمام القاضي إلى المحكمة التي تم الاتفاق عليها، ويوقعان الاتفاق على اختيار هذه المحكمة للفصل في نزاعهما.

[1]- القانون 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الاجراءات المدنية و الإدارية، ج ر قم 21 بتاريخ 23 أفريل 2008.

غير أن المادة 13 من قانون التجارة الالكترونية[1]، نصت على البنود التي يجب أن يتضمنها إجباريا العقد المبرم بين المورد والمستهلك الالكتروني، ومن بين هذه البنود الجهة القضائية المختصة بالفصل في النزاع، مع الإحالة إلى المادة 02 من ذات القانون.

وبالعودة إلى المادة 02 من قانون التجارة الالكترونية، نجدها حددت القانون الواجب التطبيق في المعاملات التجارية. حيث نصت على تطبيق القانون الجزائري حسب معيار أطراف العقد، أو مكان ابرام العقد. وفصلت هذه الحالات في كون أحد أطراف العقد، متمتعا بالجنسية الجزائرية، أو مقيما إقامة شرعية في الجزائر، أو شخصا معنويا خاضعا للقانون الجزائري، أو كان محل ابرام العقد أو تنفيذه في الجزائر[2].

وفي ظل عدم وجود نص قانوني ينظم الخدمات المصرفية الالكترونية في الجزائر، هل يمكن اسقاط الأحكام التي وردت في قانون التجارة الإلكترونية على العمليات المصرفية الالكترونية، بحكم أن العمليات المصرفية كيفها المشرع الجزائري بأعمال تجارية بحسب الشكل، كما ذكرنا ذلك سابقا؟

يمكننا أن نقول أن المشرع الجزائري أقر حرية الأطراف في اختيار الجهة القضائية المختصة للفصل في النزاع، و منه نقول أنه أخذ بضابط الإرادة في تحديد القضائي الدولي المختص، وهذا حسب نص المادة 18 من القانون المدني.

إن تقييم مدى امكانية تطبيق ضابط الإرادة في تحديد المحكمة المختصة في الفصل في منازعات العمليات المصرفية الالكترونية، يدعونا للقول أن هذا الضابط صعب التحقيق، ولا يتناسب مع طبيعة عقود العمليات المصرفية المبرمة الكترونيا، والتي ابرمت من غير تلاقى الاطراف، والتي يتم تنفيذا من غير تلاقيهم أيضا. كما أن هذه الاجراءات التي جاءت بموجب المادة 46 السابقة الذكر، لا تتناسب مع طبيعة العقود الدولية والتي يكون عادة أطرافها في دول مختلفة، مما يصعب التقائهم أمام القضاء الجزائري.، خاصة عندما يكون المدعى عليه بنكا كبيرا من البنوك العالمية، فلا يتصور حضور ممثل هذا البنك، امام القضاء الجزائري ليمضي على قبول التقاضي أمامه.

كما أن ما يجري من الناحية العملية، أن البنك هو الذي ينفرد بوضع شروط العقد، وما على الزبون إلا الموافقة على العقد من غير تعديل أو الرفض، وفي هذه الحالة فإنه يختار الدولة أو المحكمة التي تناسبه اجراءاتها القضائية، ومن ثم فلا معنى لهذا الاتفاق[3]، حتى ولو تم بموافقة الزبون على العقد. وعليه يمكن القول أن هذا الضابط لا يوفر الحماية القانونية لزبون البنك في التعاملات المالية والمصرفية الالكترونية.

---

[1]- القانون رقم 18-05، مرجع سابق.

[2]- المادة 02 من القانون 15-04، المتعلق بالتجارة الالكترونية، مرجع سابق..

[3]- محمد حسين صالح طليان، مرجع سابق، ص765.

ثانيا- في حالة عدم الاتفاق على الجهة القضائية المختصة

في حالة عدم الاتفاق بين البنك والعميل على الجهة القضائية المختصة بالفصل في النزاع، فإن القانون الدولي الخاص يعطينا عدة ضوابط لتحديد هذه المحكمة المختصة. هذه الضوابط هي ضابط الاختصاص القائم على موطن المدعى عليه، وضابط الاختصاص القائم على جنسية الأطراف، وضابط الاختصاص القائم على مكان ابرام العقد أو تنفيذه، وضابط الاختصاص القائم على موقع المال. نحاول تفصيلها في ما يلي:

أ- الاختصاص القائم على موطن المدعى عليه

يعتبر ضابط موطن أو محل إقامة المدعى عليه من أهم الضوابط في مجال تحديد الاختصاص القضائي الدولي، كما هو الشأن أيضا بالنسبة لتحديد الاختصاص الاقليمي الداخلي[1]. حيث نصت عليه كثير من التشريعات الاقليمية والدولية. واعتبره القانون العربي الإسترشادي للمعاملات والتجارة الالكترونية، ضابطا أساسيا في تحديد المحكمة المختصة للفصل في النزاع في حالة عدم اتحاد موطن طرفي العقد[2].

ويقدم الفقه[3] للأخذ بهذا المبدأ، عدة مبررات منطقية. أهمها:

- الأصل في الانسان براءة الذمة المالية ، ومن يدعي العكس عليه إقامة الدليل على ما يدعيه ، ومن له حق رفع الدعوى، عليه أن يسعى إلى المدعى عليه و يرفع الدعوى في موطنه. كما أن دفاع المتهم أمام محكمته الوطنية يكون أيسر له من المحكمة الأجنبية[4].
- أن الوضع الظاهر يدعم الاختصاص وفق هذا الضابط، فالمدعى عليه له ملكية وحيازة المال، إلى أن يثبت المدعي العكس. ومن ثم فعلى المدعي إن يسعى إلى المدعى عليه ويقيم دعواه في موطنه.
- أن عقد الاختصاص لمحكمة المدعى عليه، يدعم مبدأ مهم من مبادئ الاختصاص القضائي الدولي، وهو ضمان الفعالية للأحكام، فمحكمة المدعى عليه هي الأقدر على إلزامه بتنفيذ الحكم الصادر عنها[5]. وهذا يضمن تنفيذ الحكم القضائي وإلا ما الفائدة من اصداره.

إلا أن مفهوم الموطن ليس له معنى واحد ثابت ومستقر، فالموطن العام هو المكان الذي يوجد فيه الشخص بنية التوطين، والموطن الخاص هو الذي يباشر فيه الشخص تجارته أو حرفته، ويعد موطنا له

[1]- المادة 37 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية، مرجع سابق.
[2]- حسب نص المادة 40 من القانون العربي الإسترشادي للمعاملات والتجارة الالكترونية، مرجع سابق.
[3]- محمد حسين صالح طليان، مرجع سابق، ص760.
[4]- حابت أمال، مرجع سابق، ص 464.
[5]- صفاء فتوح جمعة فتوح، مرجع سابق، ص 105.

بالنسبة لكل ماله علاقة بهذه الحرفة، وهو موطن الأشخاص المعنوية. والموطن الحكمي أو الموطن القانوني، هو الموطن الذي حدده القانون بالنسبة للأشخاص الذين لهم عارض يحول دون مباشرتهم لحقوقهم المدنية. والموطن المختار هو الموطن الذي يختاره الشخص لتنفيذ عمل قانوني معين ويكون هو المختص بالنسبة للمحكمة.

أما محل الإقامة فهو المكان الذي يتحقق فيه العنصر المادي لمفهوم الموطن، وهو تواجد الشخص فيه، دون العنصر المعنوي الذي هو نية البقاء والاستقرار فيه[1]. ولم ينص المشرع الجزائري على محل إقامة المدعى عليه كمعيار للاختصاص الاقليمي، إنما نص على ضابط موطن المدعى عليه.

ولقد عرف المشرع الجزائري الموطن بموجب المادة 37 من القانون المدني على أنه: "موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي، و عند عدم وجود سكنى يقوم محل الإقامة العادي مقام الموطن. ولا يجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن في نفس الوقت". من جهتما المادة 37 من القانون المدني عرفت الموطن بالنسبة للتاجر بقولها: "يعتبر المكان الذي يمارس فيه الشخص تجارة أو حرفة موطنا خاصا بالنسبة إلى التعاملات المتعلقة بهذه التجارة أو المهنة".

كما نصت المادة 39 فقرة 04 من قانون الاجراءات المدنية والادارية على أن الدعوى المرفوعة ضد الشركات التجارية، تكون أمام الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها أحد فروعها[2]. من جهة أخرى، نص على ضابط موطن المدعى عليه، قانون بروكسل الوارد بالتنظيم الأوروبي رقم 2001/44، واعتبره الأصل في موضوع الاختصاص الاقليمي [3].

غير أن جانبا من الفقه يرى، أن ممارسة التجارة عبر الانترنت، ومنها الخدمات والعمليات المصرفية، أصبحت تقلل من فرض إعمال جميع قواعد الاختصاص والاسناد ذات الطابع الاقليمي، ولعل ابرزها قاعدة اختصاص محكمة المدعى عليه، وذلك راجع لصعوبة تحديد موطن الأطراف بوضوح في عقود الانترنت أو العقود المبرمة عن بعد[4]. خاصة عندما يتم تنفيذ العقد الكترونيا.

ولقد حاول القانون النموذجي للتجارة الالكترونية لسنة 1996، التصدي للإشكالية زمان ومكان ارسال واستلام رسائل البيانات الالكترونية، من ثم تحديد موطن صاحب الرسالة الالكترونية، باعتبار أن

---

[1]- حابت أمال، مرجع سابق، 465.

[2]- تنص المادة 39:

"ترفع الدعاوى المتعلقة بالمواد المبينة أدناه أمام الجهات القضائية الآتية:

4- في المواد التجارية غير الإفلاس والتسوية القضائية، أمام الجهة القضائية التي وقع في دائرة اختصاصها الوعد، أو تسليم البضاعة، أو أمام الجهة القضائية التي يجب أن يتم الوفاء في دائرة اختصاصها، وفي الدعوى المرفوعة ضد شركات، امام الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها أحد فروعها"

[3]- Article 2-1 : Sous réserve des dispositions du présent règlement, les personnes domiciliées sur le territoire d'un Etat membre sont attraites, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet Etat membre.

[4]- حسام أسامة محمد، الاختصاص الدولي للمحاكم و هيئات التحكيم في منازعات التجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة- الإسكندرية، 2009، ص59.

رسالة البيانات تكون قد ارسلت من المكان الذي يقع فيه عمل منشئ الرسالة، أو أنها تعتبر قد استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه. كما بينت أنه إذا كان للمرسل أو المستقبل أكثر من مقر عمل واحد، كان مقر العمل هو المقر الذي له أوثق صلة بالمعاملة المعينة، أو هو المقر الرئيسي إذا لم يوجد نظيرا للمعاملة. وفي حالة عدم وجود مقر عمل للمرسل أو المرسل إليه، كما هو الحال بالنسبة للأشخاص الطبيعية والمستهلكين عموما، يكون المقر هو العمل هو مقر الإقامة المعتاد[1].

ولقد بين "دليل الاشتراع للقانون النموذجي للتجارة الالكترونية" أهمية تحديد موطن المرسل إليه خاصة، في أن نظام المعلومات الخاص بالمرسل إليه والذي يتم تلقي رسالة البيانات الالكترونية فيه أو استرجاعها منه، كثيرا ما يكون موجود في مجال اختصاص قضائي غير ذلك الذي يوجد فيه المرسل إليه نفسة حقيقة. وبالتالي فإن العبرة ليست بمكان وجود نظام المعلومات، بل يجب أن تكون هناك صلة حقيقية بين المرسل إليه والمكان الذي يعتبر مكان استلام الرسائل[2]، أو بمعنى آخر، فإن قانون الأونسيترال أراد تسهيل التحديد الفعلي لموطن المرسل إليه في حالة كونه مدعى عليه في نزاع تجاري دولي.

ومن الحلول التقنية المقترحة لمعرفة موطن المتعاقدين على الانترنت، استخدام اسم النطاق أو الامتداد الدال على بلد معين، مثل " dz" بالنسبة للجزائر و" fr" بالنسبة لفرنسا و" us" بالنسبة للولايات المتحدة وغيرها. لكن في واقع الأمر فإن كثيرا من مواقع التجارة الالكترونية خصوصا، تضع أسما نطاق لدول غير صحيحة ومن دون أن يكون للموقع اية علاقة بالدولة التي يضع اسم نطاقها في العنوان، خاصة وأنه لا يوجد حتى الآن نظام الكتروني أو قواعد دولية ملزمة تحدد كيفية وضع أسماء النطاق المتعلقة بدول معينة[3].

ولهذا فإن اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة باستخدام الخطابات الالكترونية في العقود، لسنة 2007، أقرت بصعوبة تحديد مواطن الأطراف في العقود الالكترونية بهذه الطريقة، عندما نصت في المادة 6 فقرة 05 على: "إن مجرد استخدام الطرف اسم نطاق أو عنوان بريدي ذا صلة ببلد معين لا ينشئ قرينة على أن مقر عمله يوجد في ذلك البلد".

من جانبه التوجيه الأوروبي رقم 64/2007، المتعلق خدمات الدفع في السوق الداخلية للاتحاد الاوروبي، حث الدول الأعضاء على الزام مقدم خدمات الدفع الالكتروني على تقديم كل المعلومات المتعلقة به لمستعمل وسائل الدفع الالكتروني، من هذه المعلومات خاصة، اسم مقدم خدمة الدفع

---

[1]- المادة 15 فقرة 04، من قانون الأونسيترال النموذجي للتجارة الالكترونية، مرجع سابق.
[2]- الفقرة 105 من دليل الاشتراع لقانون التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص 54.
[3]- المرجع نفسه، ص61.

الالكترونية، الموقع الجغرافي لإدارته المركزية، وعنوان الفرع في الدولة المعنية، وكل العناوين الأخرى، بما فيها البريد الالكتروني الذي يجب التواصل به مع مقدم خدمات الدفع الالكتروني[1].

بجوره المشرع الجزائري، وبموجب قانون التجارة الالكترونية، حاول إيجاد حلا لهذه الاشكالية، وذلك بربط اسم النطاق الموضوع في العنوان على موقع الويب بالتسجيل لدى مصالح السجل الوطني لأسماء النطاق. حيث نصت المادة 6 فقرة8 على: "اسم النطاق عبارة عن سلسلة أحرف و/أو أرقام مقيسة ومسجلة لدى السجل الوطني لأسماء النطاق، وتسمح بالتعرف والولوج إلى الموقع الالكتروني".

وعليه فإنه يفترض إمكانية إقامة الصلة بين اسم النطاق أو الامتداد الذي يشير إلى الجزائر والإقامة أو التوطين على التراب الجزائري، خاصة عندما أجبر المشرع الجزائري كل من يمارس التجارة الالكترونية في الجزائر على التسجيل في السجل التجاري أو سجل الصناعات التقليدية والحرف، وضرورة أن يكون الموقع الالكتروني أو صفحة الويب على الانترنت، مستضاف في الجزائر بامتداد « com.dz »[2]. وأنه لا يسمح بممارسة التجارة الالكترونية إلا بعد إيداع اسم النطاق لدى مصالح المركز الوطني للسجل التجاري[3].

وبتطبيق هذا الضابط على العمليات المصرفية الالكترونية، تكون المحكمة المختصة بنظر النزاع هي محكمة المدعى عليه، والذي يكون عادة البنك أو المؤسسة المالية في دولة أخرى، الأمر الذي يجعل هذا الضابط لا يحقق الحماية الكافية للزبون، باعتباره الطرف الضعيف في المنازعة. فهذا الضابط يحمل الزبون تكاليف مقاضاه البنك في دولته، من أجل مبلغ مالي قد يكون قليلا، فهذا الضابط في حقيقة الأمر لا يشجع على استفاء الحقوق[4].

ولقد جاء في قضية عرضت على المحاكم الفرنسية، متعلقة بالعملاق الأمريكي للإنترنت *Yahoo* ضد اتحاد الطلبة اليهود الفرنسيين والرابطة الدولية لمكافحة العنصرية واللاسامية، بتاريخ 22 ماي 2000[5]. حيث رفع هذا الطرف قضية ضد *Yahoo*، على اعتبار أن هذه الأخيرة قامت بتوطين موقع انترنت يقوم بالترويج للعنصرية والأفكار النازية، من خلال بيع مقتنيات للنازية بالمزاد العلني. وطالب المدعي من الشركة وضع آليات لمنع مستعملي شبكة الانترنت من الدخول لهذا الموقع.

وقد دفع محامي شركة *Yahoo* دفعا شكليا يتعلق بعدم اختصاص القضاء الفرسي بالنظر في هذه القضية، على اعتبار أن هذه الشركة يقع مقرها في الولايات المتحدة الامريكية، وأنها تمارس نشاطها

---

[1]- Article 42-1-a du directive 2007/64 (UE), op.cit.

[2]- المادة 08 من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية، مرجع سابق.

[3]- المادة 09 من القانون 18-05 ، مرجع أعلاه.

[4]- محمد حسين صالح طليان، مرجع سابق، ص760.

[5]- نقلا عن ميلاط عبد الحفيظ، **"الطبيعة الدولية لشبكة الأنترنت وفكرة النظام العام"**، مجلة الصورة والاتصال، جامعة السانية، وهران، العدد 19،سنة 2016، ص 36

وتخضع للتشريعات الأمريكية. كما أنها توجه نشاطها للمستخدمين الأمريكيين، وما يدل على ذلك أنها محررة باللغة الانجليزية وأن عملة التعامل هي الدولار الأمريكي وأن شروط استخدام هذه الخدمة (البيع عن طريق المزاد العلني) تخضع للقانون الأمريكي.

غير أن القاضي الفرنسي« Gommez » رفض هذه الدفوع وأسس رفضه كما يلي: "حيث أن السماح بالاطلاع على هذه الاشياء في فرنسا، والمشاركة الافتراضية لمستعمل الانترنت (Internaute) مقيم في فرنسا لمثل هذه العروض التي تضمنها مؤسسة Yahoo يجعل الخطأ ثابتا على التراب الفرنسي". وصدر الحكم ضد شركة *Yahoo*.

وإن كان النزاع في هذه القضية لا يتعلق بمسؤولية عقدية، لكن يعطي فكرة عن كيفية تعامل القاضي مع فكرة محكمة المدعى عليه في المنازعات التي تنشأ في بيئة الكترونية. فتحديد موطن المدعى عليه في البيئة الالكترونية ليس بالأمر اليسير.

ب- الاختصاص القائم على ضابط جنسية الأطراف

الجنسية هي الرابطة القانونية التي تربط الانسان بدولة ذات سيادة، كما أنها تعبر عن التبعية السياسة للمواطن بالدولة. ينعقد الاختصاص القضائي وفقا لضابط جنسية الأطراف، لمحاكم الدولة التي يكون أحد أطراف النزاع منتميا إليها بجنسيته. غير أن البعض تنتقد هذا الضابط، لأنه يستند إلى مفاهيم قديمة تعتبر اللجوء إلى القضاء امتيازا قاصرا على الوطنيين وحدهم. بينما يقوم الاختصاص القضائي بالمفهوم الحديث على فكرة تحقيق العدالة للمتقاضين أيا كانت جنسيتهم[1].

نتناول بالدراسة مدى امكانية صلاحية الجنسية، كضابط في الاختصاص القضائي الدولي، لتحديد المحكمة المختصة في منازعات العمليات المصرفية الالكترونية، وذلك لأن المشرع الجزائري كرس هذا الضابط بموجب قانون الاجراءات المدنية والادارية.

فرغم قدم هذا المعيار، إلا أن كثيرا من التشريعات الداخلية للدول كرسته كضابط للنص على اختصاص محاكمها الداخلية في المنازعات التي يكون فيها مواطنوها أطرافا في النزاع مع أجنبي. فلقد نص قانون المرافعات المصري رقم 13 لسنة 1968 في المادة 28 على: "تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوي التي ترفع على المصري ولو لم يكن له موطن أو محل إقامة في الجمهورية، وذلك في ما عدا الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار موجود في الخارج". من جهتها بعض القوانين المقارنة اعتبرت ضابط الجنسية امتياز قضائي، حيث صرحت المادة 14 من القانون المدني الفرنسي[2] على أن الأجنبي، حتى

[1]- صفاء فتوح جمعة فتوح، مرج سابق، ص146.

[2]- Article 14 du code civil français:

غير المقيم في فرنسا، يمكن أن يرفع دعواه أمام المحاكم الفرنسية من أجل تنفيذ التزامات تعاقد عليها مع فرنسي في فرنسا. كما يمكن للأجنبي أن يرفع دعواه أمام المحاكم الفرنسية من أجل تنفيذ التزامات تعاقد عليها في دولة أجنبية مع فرنسي. فهذه المادة تبين دور ضابط الجنسية الفرنسة في تحديد اختصاص القضاء الفرنسي. كما أن المادة 15 من القانون المدني الفرنسي[1] نصت من جهتها على أن الفرنسي بإمكانه أن يرفع دعواه أمام القضاء الفرنسي بالنسبة للالتزامات المتعاقد عليها في دولة أجنبية، حتى ولو كانت مع أجنبي.

وبالعودة للقانون الجزائري، نجد أن ضابط الجنسية في تحديد القضاء المختص في نزاع دولي أورده المشرع في قانون الاجراءات المدنية والادارية تحت عنوان، في الدعاوى المرفوعة ضد أو من الأجانب، بموجب المادتين 41 و42، واللتان تعتبران ترجمة حرفية للمادين 14 و 15 من القانون المدني الفرنسي.

حيث نصت المادة 41 على: "يجوز أن يكلف بالحضور كل أجنبي، حتى ولو كان غير مقيم في الجزائر، أمام الجهات القضائية الجزائية، لتنفيذ الالتزامات التي تعاقد عليها في الجزائر مع جزائري. كما يجوز أن يكلف بالحضور أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي مع جزائريين".

كما نصت المادة 42 من قانون الاجراءات المدنية والادارية على: "يجوز أن يكلف بالحضور كل جزائري أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي، حتى ولو كان مع أجنبي".

بينما استبعد قانون الاتحاد الأوروبي بموجب التنظيم 44-2001، الخاص بالاختصاص القضائي الدولي والاعتراف بتنفيذ الاحكام الاجنبية في المسائل المدنية والتجارية، السابق الذكر، ضابط الجنسية بين مواطني الاتحاد، لتحديد القضاء الدولي المختص داخل دول الاتحاد، حيث يمكن لأي شخص مقيم في دول الاتحاد الأوروبي التقاضي أمام قضاء هذه الدولة[2]. فالضابط هنا هو ضابط الإقامة.

L'étranger, même non résidant en France, pourra être cité devant les tribunaux français, pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un Français ; il pourra être traduit devant les tribunaux de France, pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des Français.

[1] - Article 15 du code civil français :

Un Français pourra être traduit devant un tribunal de France, pour des obligations par lui contractées en pays étranger, même avec un étranger.

[2]- Article 2-1du règlement 44/2001 :

Sous réserve des dispositions du présent règlement, les personnes domiciliées sur le territoire d'un État membre sont attraites, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet État membre ».

كما اتجهت اتفاقية الامم المتحدة بشأن الخطابات الالكترونية، السابقة الذكر، إلى استبعاد النظر إلى جنسية الأطراف[1]، واهتمت فقط بتحديد موطن ومقر عمل الأطراف، دون أن تولى اهتمام لجنسيتهم.

بعد هذا العرض حول موقف بعض التشريعات المقارنة من ضابط الجنسية، كمعيار لتحقيق القضاء المختص بالفصل في المنازعات ذات الطابع الدولي، يجب أن نتساءل عن مدى انطباق هذا الضابط، بالنسبة للدول التي اعتمدته، في تحديد القضاء الدولي المختص بالفصل في منازعات العمليات المصرفية الالكترونية؟

يعتبر تحديد جنسية المتعاقدين على شبكة الانترنت في ميدان التجارة الالكترونية عموما، صعب للغاية، خاصة بالنسبة للمواقع التي لا تمثل شركات تجارية كبرى، نظرا لكون كثيرا من الأطراف الممثلة لمتاجر صغيرة تخفي جنسية هذه المواقع التجارية. غير أن الوضع يختلف مع البنوك والمؤسسات المالية، التي لا يمكن في حقيقة الأمر أن تخفي جنسيتها نظرا لحساسية وأهمية القطاع المصرفي والمالي الذي تنشط فيه ونظرا للرقابة الكبيرة المضروبة على مؤسسات القطاع المصرفي والمالي في كل دول العالم[2]. ومع هذا فإن جنسية الزبون أو المعاقد مع البنك الكترونيا يبقى من الصعب التحقق منها.

نشير هنا إلى أن تعبير المواد 41 و42 من القانون الاجراءات المدنية والادارية بمصطلح "جزائري" تفيد كل جزائري سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا، وأن قصر المصطلح على الاشخاص الطبيعية قصر لا مبرر له. ومن ثم فإنه من ناحية المبدأ يمكن لكل جزائري تعاقد مع أي بنك أو مؤسسة مالية، بموجب عقد متعلق بعمليات أو خدمات مصرفية، يمكن أن يخضع النزاع الناشئ بينهما بمناسبة تنفيذ العقد أو تفسيره، حسب ضابط الجنسية، إلى القضاء الجزائري. إلا أنه في حقيقة الأمر يمكن القول أن هذه الحالة غير ممكنة من الناحية الواقعية، في العقود المصرفية الالكترونية، فلا يمكن أن يتصور حضور ممثل بنك من البنوك الكبرى التي مقرها في الولايات المتحدة الأمريكية مثلا، للجزائر لمقاضاته عن التزامات متعلقة ببطاقة بنكية الكترونية مثلا، أو تحويل مصرفي الكتروني، نتيجة تعاقده مع جزائري.

ج- اختصاص محكمة مكان ابرام العقد أو تنفيذه

يتم تحديد المحكمة المختصة بموجب هذا الضابط، بمحكمة دولة ابرام العقد أو محكمة دولة تنفيذ العقد. ومن مبررات تطبيقه أن محكمة الدولة محل ابرام أو محل تنفيذه هي الأقدر على فهم طبيعة العقد ومن ثم الأكثر ارتباطا به. وإذا كان مكان ابرام العقد أو مكان تنفيذه لا يثير أي اشكال في العقود التقليدية، فإن الأمر بخلاف ذلك في العقود الالكترونية عموما وعقود التجارة الالكترونية على الخصوص.

[1]- نصت المادة الأولى في فقرتها الثالثة من الاتفاقية على:
لا تِخذ جنسية الأطراف ولا الصفة المدنية أو التجارية للأطراف أو للعقد في الاعتبار لدى تقرير انطباق هذه الاتفاقية.

[2]- Article 21-1 du Directive 2007/64/CE, du 13/12/2007, concernant les services de paiement dans le marché intérieur, disponible sur le site : https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR

وتزداد صعوبة تحديد مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه، إذا كان العقد الكترونيا متعلق بعملية أو خدمة مصرفية الكترونية، أي أن العقد تم ابرامه الكترونيا و ينفذ، في معظم الحالات، الكترونيا.

في القانون الجزائري تم النص على مكان ابرام العقد أو مكان تنفيذه بالنسبة لمنازعات مواد التوريدات والأشغال وتأجير الخدمات الفنية والصناعية، بموجب قانون الاجراءات المدنية والادارية[1]. وهي مواد لا تبث بصلة للمواد المصرفية و المالية المنجزة الكترونيا.

هذا مع أن المادة 02 من قانون التجارة الالكترونية، كما ذكرنا ذلك سابقا، نصت على تطبيق القانون الجزائري في حالة ما إذا كان محل ابرام العقد أو تنفيذه في الجزائر.

وإذا جاز لنا إسقاط ضابط محل ابرام العقد أو تنفيذه، الوارد بموجب قانون التجارة الالكترونية، على العمليات المصرفية الالكترونية، لتحديد المحكمة المختصة في النزاع، فهل يمكن القول أن المحاكم الجزائرية تكون مختصة في الفصل في النزاع بين البنوك والمؤسسات المالية الأجنبية، بمناسبة حل النزاع الناشئ عن تنفيذ العمليات المصرفية الالكترونية مع زبون جزائري؟

بتطبيق ضابط محل ابرام العقد أو تنفيذه على عمليات التحويل المصرفي الالكتروني، مثلا، ينعقد الاختصاص لمحاكم الدولة التي يوجد فيها مقر بنك الزبون الآمر بالعملية، أو بنك المستفيد، ففي موطن هذين البنكين يتم ابرام العقد أو تنفيذه. حيث أنه في موطن الزبون يتم ابرام عقد الحساب المصرفي، أو عقد تقديم خدمات التحويل المصرفي، وكذلك ينشأ الأمر بالتحويل، أما في موطن المستفيد فيتم التنفيذ[2].

غير أن هذا التحليل لا يكون صحيحا عندما يكون العقد المصرفي المتعلق بالتحويل المصرفي الالكتروني، قد تم ابرامه مع البنك الكترونيا، إلا إذا ذكرنا في العقد أن مكان ابرامه هو موطن بنك الزبون، وأن مكان تنفيذه هو بنك المستفيد، مع أن بنك المستفيد دائم التغير. ثم إن هذا الإقرار غير مسلم به في البيئة الالكترونية. ومنه يصعب تطبيق هذا الضابط.

د- اختصاص محكمة موقع المال

تختص محاكم الدولة وفقا لهذا الضابط بالمنازعات المتعلقة بالمال الموجود على إقليمها، سواء كان هذا المال منقولا أو عقارا، وسواء كان ماديا أو معنويا[3]. ويبرر عقد الاختصاص لهذا الضابط أن محاكم هذه الدول هي أقدر من غيرها على الفصل في هذه المنازعات، وعلى اتخاذ الاجراءات اللازمة

---

[1]- المادتين 39 و40 من قانون الاجراءات المدنية و الإدارية، مرجع سابق.

[2]- محمد حسين صالح طليان، مرجع سابق، ص 767.

[3]- المادة 17 مكرر من القانون المدني.

المتعلقة بهذا المال. كما أنه اعتبار يتعلق بسيادة الدولة على إقليمها، حيث يقضي هذا المبدأ على خضوع جميع المنازعات المتعلقة بالمال الموجود على أراضيها، لمحكمة دولة وجود المال[1].

غير أنه بموجب عقود التجارة الالكترونية، يصبح محل وجود المال غاية في التعقيد خاصة عندما يتم تنفيذ العقد الكترونيا وذلك في السلع والخدمات، أي الأموال المنقولة، التي ليست لها طبيعة مادية والتي يمكن نقلها وتسليمها الكترونيا على الخط، مثل برامج الحاسوب والكتب والأفلام وأشرطة الفيديو، وغيرها. كما يصعب تحديد موقع المال إذا كان موضوع العقد يتعلق بعملة بنكية أو مالية تنصب في نهاية المطاف على نقود، كما هو الحال في التعامل بالنقود الالكترونية أو الأوراق التجارية الالكترونية أو التحويل المصرفي الالكتروني. ومن ثم يصبح التساؤل مشروعا أين يوجد المال؟

نصت المادة 17 مكرر من القانون المدني على سريان قانون محل وجود المال المعنوي وقت تحقق سب كسب الحقوق[2]. حيث نصت على مكان وجود الحقوق الفكرية ومن ثم حقوق الملكية الادبية والفنية وحقوق الملكية الصناعية. كما نصت على أن محل وجود الاسم التجاري بلد المقر الرئيس للمحل التجاري. فهل يمكن اسقاط هذا الضابط على المحل التجاري الالكتروني والبنوك الالكترونية؟

حاول البعض إسقاط ضابط موقع المحل التجاري أو موقع الشركة التجارية على الموقع الجغرافي للمتجر الالكتروني الذي يعمل في ميدان التجارة الالكترونية أو على البنك الالكتروني، وذلك لأن كل المتاجر العالمية الكبرى التي تقدم خدماتها الكترونيا والبنوك التي تقدم خدماتها الكترونيا، يرتبط مقرها بعنوان جغرافي على الأرض حيث تمارس انشطتها التجارية والاقتصادية العادية، ومن ثم يكون هذا العنوان هو موقع المال المحدد في القانون وبذلك يصلح ضابطا لتحديد المحكمة المختصة للفصل في النزاع[3].

الفرع الثاني

في حالة ابرام العقد مع مستهلك

لا تثير قضية الاختصاص الاقليمي أية اشكالية في تحديد المحكمة المختصة للفصل في نزاع متعلق بعقد مصرفي ابرم بين مستهلك جزائري وبنك أو مؤسسة مالية خاضعة للقانون الجزائري، حتى ولوكان هذا العقد الكترونيا. وذلك لكون هذا العقد داخليا ويخضع للقانون الجزائري من ناحية موضوعه، كما أن الاختصاص الاقليمي يعود لقانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري.

---

[1]- حابت أمال، مرجع سابق، ص 471.

[2]- تنص المادة 17 مكرر: "يسري على الأموال المعنوية قانون محل وجودها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها. يعد محل وجود الملكية الأدبية والفنية مكان النشر الأول للمصف أو إنجازه، و يعد محل وجود براءة الاختراع البلد الذي منحها، ويعد محل وجود الرسم والنموذج الصناعيين البلد الذي سجلا أو أودعا فيه، ويعد محل وجود العلامة التجارية منشأة الاستغلال، ويعد محل وجود الاسم التجاري بلد المقر الرئيسي للمحل التجاري".

[3]- حابت أمال، مرجع سابق، ص 481

تحت عنوان تسوية النزاعات، نصت المادة 09 من عقد حامل بطاقة فيزا الدولية[1] على: "كل نزاع ينشب بين حامل البطاقة والبنك بمناسبة تنفيذ و/أو تفسير هذا العقد، ما لم يتم تسويته بالطرق الودية في أجل 30 يوما من تاريخ حدوثه، يرفع إلى المحكمة الجزائرية المختصة اقليميا".

ولتحديد المحكمة المختصة اقليميا، في حالة كون المستهلك هو المدعى، نعود لقانون الاجراءات المدنية الادارية، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة 37 على: "يؤول الاختصاص الاقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه". وعليه يكون الاختصاص لمحكمة الجزائر العاصمة التي يقع في دائرة اختصاصها المقر الرئيسي لبنك للقرض الشعبي الجزائري، في هذه الحالة.

من جهة أخرى نصت الفقرة 02 من المادة 17 من عقد البطاقة الالكترونية الذهبية المبرم بين حامل البطاقة وبريد الجزائر على: "فيما عدا الخلافات التجارية، فإن كل الخلافات الاخرى الناتجة عن تنفيذ هذا العقد أو عن طريقة فهمه أو تأويله سيتم تسويتها وديا، وفي حالة استحالة التسوية الودية لهذه النزاعات فسيتم احالتها على الجهة القضائية المختصة إقليميا"[2]. ويكون ذلك بتطبيق المادة 37 من قانون الاجراءات المدنية الادارية السابقة الذكر.

وبنفس الصياغة تقريبا جاءت المادة 22 من عقد حامل البطاقة البيبنكية « CIB » وبنك القرض الشعبي الجزائري، تحت عنوان تسوية النزاعات، على أنه باستثناء النزاعات التجارية، كل النزاعات التي يمكن أن تثور بمناسبة تنفيذ أو تفسير العقد تتم بطريقة ودية. وفي حالة عدم امكانية التسوية الودية يتم رفع النزاع إلى المحكمة المختصة.

غير أن تحديد الجهة القضائية المختصة في الفصل في نزاع العقد المصرفي الالكتروني ذو الطبيعة الدولية، و خاصة عندما يكون احد طرفيه مستهلكا يحتاج إلى كثير من التفصيل. هذا ما سنفصله من خلال هذا الفرع.

اتجهت القوانين المقارنة بصفة عامة، وقانون الاتحاد الاوروبي بصفة خاصة، إلى إضفاء حماية كبيرة للمستهلك في كل تعاملاته مع المهني أو التاجر، باعتباره الطرف الضعيف في المعاملة، ودأبت كل توجهات وتنظيمات الاتحاد الأوروبي، في كل المجالات، على النص على القواعد الحامية للمستهلك في كل مناسبة.

جاء التوجيه الأوروبي رقم 65/2002، المتضمن التسويق عن بعد للمنتجات المالية، أي كل الخدمات المتعلقة بالبنوك، الائتمان، والاستثمار وأنظمة الدفع الالكتروني للمستهلكين، بهدف تقريب

[1]- عقد حامل بطاقة فيزا الدولية التي يسوقها القرض الشعبي الجزائري، مرجع سابق.
[2]- العقد موجود على موقع بريد الجزائر على الانترنت. https://www.poste.dz

الاجراءات التشريعية والتنظيمية والادارية للدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي في ما يتعلق بتسويق هذه المنتجات المالية عن بعد، أي بطريقة الالكترونية، للمستهلكين[1].

لم يتضمن هذا التوجيه أي تغيير لقواعد الاختصاص القضائي الدولي، مما يعني العمل بالقواعد الواردة في التنظيم الأوروبي رقم 2001/44، الصادرة في 22 ديسمبر 2000، السابق الذكر. من جهته التوجيه الأوروبي 31/2000 المتعلق بالتجارة الالكترونية نص صراحة أنه لا يتضمن أية تعديلات إضافية في ما يخص القانون الدولي الخاص[2]، ولا يتناول الاختصاص القضائي. وهذا يدعونا إلى نظر الاختصاص القضائي الدولي ليس في النصوص التي تنظم تقديم الخدمات المالية والبنكية للمستهلكين الكترونيا، إنما نبحث عن الاختصاص في النصوص الخاصة بهذا الموضوع على غرار الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالاختصاص القضائي الدولي أو قوانين الاتحاد الاوروبي المحدد لهذا الاختصاص مثل اللائحة الأوروبية 2001/44، السابق ذكره.

وفي هذا الإطار عرفت المادة 02 من التوجيه الاوروبي 65/2002، السابق الذكر، المستهلك على أنه: "كل شخص طبيعي، يتصرف بموجب عقد الكتروني، من أجل غايات لا تدخل في إطار نشاطه التجاري أو المهني"[3].

وفي مجال تحديد الاختصاص القضائي الدولي، فإن العديد من التشريعات الوطنية والاقليمية وكذا الاتفاقيات الدولية، تتجه إلى تبني قاعدة تفيد باختصاص محكمة موطن المستهلك، أو محل اقامته العادية بنظر المنازعات التي يكون هذا الأخير طرفا فيها[4].

وتستند القاعدة السابقة إلى فكرة أساسية تبين أن المستهلك يعتبر طرفا ضعيفا في العلاقة التعاقدية التي تربطه مع المهني، مما يستوجب التدخل تشريعيا لحمياته. ويكون هذا التدخل في مجال الاقتصاص القضائي الدولي من خلال النص على القاعدة السابقة، والتي تجعل المستهلك دائما يرفع دعواه أمام محكمة الدولة التي يقع فيها موطنه أو محل إقامته.

ونظرا للتطور السريع الحاصل في اتجاه المجتمع نحو تبني التجارة الالكترونية، ومنه ازدياد دور المستهلك الالكتروني فيها، أصبحت حماية المستهلك أكثر إلحاحا، نظرا لما يميز هذه التجارة من عقود الكترونية مع متاجر و بنوك و مؤسسات مالية كبرى، تعتمد أساسا على العقود النموذجية التي يعتبر الكثير منها عقود إذعان.

---

[1]- Article 1 du Directive 2002/65/CE, op.cit.

[2]- Article 1-4 du directive 2000/31/CE: La présente directive n'établit pas de règles additionnelles de droit international privé et ne traite pas de la compétence des juridictions,

[3]- Consommateur: toute personne physique qui, dans les contrats à distance, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale ou professionnelle.

[4]- حسام أسامة محمد، مرجع سابق، ص122.

ومنه يثور التساؤل عن كيفية تحقيق الحماية الكافية للمستهلك في عقود العمليات المصرفية الالكترونية في مواجهة البنوك والمؤسسات المالية الكبرى، في مجال الاختصاص القضائي الدولي؟

نتناول الحديث عن الحماية المقررة للمستهلك بموجب الاتفاقيات والقوانين الدولية، المنظمة للاختصاص القضائي الدولي أولا، ثم نتناول حالة اتفاق المستهلك مع المهني على اختصاص قضائي معين، ثانيا.

أولا- اختصاص محكمة الموطن أو محل الإقامة بحماية المستهلك

نصت اتفاقية لاهاي لسنة 1971 المتعلقة بالاختصاص القضائي والاحكام الاجنبية في المسائل المدنية والتجارية، في المادة 07 على أن للمستهلك الحق في رفع دعواه أمام محاكم محل اقامته المعتادة. وحددت لصحة ذلك شرطين مجتمعين: أولا ضرورة ابرام عقد الاستهلاك يكون مرتبط بأنشطة مهنية في دولة محل إقامة المستهلك، أو يكون النشاط موجها اتجاه هذه الدولة بصفة خاصة وساعيا لإنجاز أعمال فيها عن طريق وسائل الاعلان أو الدعاية، وثانيا أن يكون المستهلك متمما ومنجزا للمساعي الضرورية لإبرام العقد في الدولة التي فيها محل إقامته[1].

من جانبها اتفاقية بروكسل لسنة 1968 حول الاختصاص القضائي وتنفيذ الاحكام في المجال المجالين المدني و التجاري[2]، نصت على اختصاص محكمة موطن المستهلك بمنازعات عقود الاستهلاك. وتقوم الحماية وفقا لهذه الاتفاقية، حسب فكرة "المستهلك السلبي"، ولانعقاد اختصاص محكمة موطنه يجب توافر شرطين:

الأول: أن يكون ابرام العقد جاء نتيجة عرض خاص وجهه البائع إلى دولة المستهلك،

الثاني: أن يكون المستهلك قد أتم الاجراءات الضرورية لإبرام العقد في دولته.

ويرى البعض أن هذه الاتفاقية لا يمكن تطبيقها على المستهلك الالكتروني، لأن الشرط الأول يتضمن عبارة "عرض خاص" وهذا معناه أن يكون محددا جغرافيا، وهو ما يمكن أن يتم عن طريق العرض الهاتفي، مثلا، أما العرض عن طريق الانترنت، فيصعب تحديده جغرافيا. ومن ثم يمكن القول أن إتمام اجراءات ابرام العقد في دولة المستهلك، يصعب تحديده بموجب العقود الالكترونية، نظرا لعدم وضوح مكان ابرام العقد.

[1]- صفاء فتوح جمعة فتوح، مرجع سابق، ص113.
[2]- اتفاقية بروكسل حول الاختصاص القضائي وتنفيذ الاحكام في المجالين التجاري و الدولي، مؤرخة في 27 ديسمبر 1968.

غير أن البعض الآخر يرى أن شروط هذه الاتفاقية يمكن تكييفها مع عقود التجارة الالكترونية ومن ثم مع عقود العمليات المصرفية الالكترونية، وذلك عندما يقصر الموقع الالكتروني عرضه على اقليم محدد ويعلن ذلك صراحة في الاعلان. أوأن يوجه الموقع خطاباته على البريد الالكتروني لأشخاص مقيمين في اقليم واحد. ويرى هذا الفريق أن الشرط الثاني يمكن تحقيقه أيضا بالتعاقد على الانترنت، وذلك لأن الاتفاقية لم تشترط ابرام العقد في دولة المستهلك، إنما اشترطت "إتمام الاجراءات الضرورية" لإبرام العقد في دولة المستهلك[1].

من جهته مشروع اتفاقية لاهاي بشأن الاختصاص القضائي الدولي، التي يمكن القول أن أحكامه راعت اعتبارات التعاقد الالكتروني، جاءت هذه الأحكام متوافقة مع اتفاقية بروكسل، في ما يخص النص على اعتبار محكمة المستهلك هي المختصة بنظر النزاع. لكنها لم تستعمل شرط "العرض الخاص" الذي اعتبرته اتفاقية بركسل شرط لتطبيق قواعد الحماية. وبموجب مشروع اتفاقية لاهاي، تختص محكمة موطن المستهلك بالنظر في النزاع إذا توافر شرطان:

الأول: أن يكون ابرام العقد قد تم نتيجة ممارسة البائع انشطة احترافية في دولة المستهلك، وبصفة خاصة من خلال ممثلين له في هذه الدولة، أو بأية وسيلة من وسائل الاشهار.

الثاني: أن يكون المستهلك قد اتم اجراءات التعاقد في دولته. وهو نفسه شرط اتفاقية بروكسل.

وقد انتقد البعض استعمال هذه الاتفاقية في التجارة الالكترونية عموما والعمليات المصرفية الالكترونية خصوصا، لأنها لم تراع حالة التواجد العابر للمستهلك خارج حدود دولة موطنه أو محل اقامته العادية، ومع ذلك قيامه بالإجراءات الضرورية للتعاقد على الانترنت من على إقليم دولة أخرى[2].

كما أن هذه الشروط تجعل من أي مورد الكتروني تاجرا كان أو بنكا أو مقدم خدمات الدفع الالكتروني، عرضة لأي مستهلك لرفع الدعوى ضده في موطن هذا الأخير، ويتحمل المهني عبء الوقوف أمام محاكم كل الدول التي يوجه إليها نشاطه، وهذا يؤدي إلى انحسار أعمال التجارة الالكترونية داخل الحيز الجغرافي للدولة الواحدة. ومن أجل ضبط هذا الموضوع جاء التوجيه الاوروبي السابق الذكر بفكرة "النشاط الموجه" للمهني اتجاه دول الاتحاد الأوروبي.

من جهته تنظيم الاتحاد الأوروبي 2001/44 ، أو تشريع بروكسل كما يسميه البعض، السابق الذكر، أعطى حماية كبيرة للمستهلك في ما يخص المحكمة المختصة بالفصل في النزاع. حيث جاء الفصل الرابع منه تحت عنوان، الاختصاص في مواد العقود المبرمة من طرف المستهلكين، ولقد نصت

[1]- حسام أسامة محمد، مرجع سابق، ص 124.
[2]- المرجع نفسه، ص 128.

المادة 16 منه على أن المستهلك يمكنه رفع الدعوى ضد المهني في محكمة موطن هذا الطرف بالدولة العضو في الاتحاد الاوربي، أو أمام محكمة موطن المستهلك. بينما الدعوى المرفوعة من طرف المهني ضد المستهلك لا يمكن رفعها إلا أمام محكمة الدولة العضو محل إقامة المستهلك[1].

ونظرا للانتقادات الموجهة ضد الاتفاقيات السابقة فيما يخص إمكانية رفع المستهلك الدعوى أمام محكمة إقامته ضد أي مهني، بمجرد تقديم عروضه في دولة المستهلك، وما ينتج عن ذلك من إرهاق للمهني وانحصار لنشاطه، جاءت اللائحة الاوروبية 2001/44، بمعيار النشاط الموجه « l'activité dirigée » في الفقرة الثالثة من المادة 15. وبموجب هذه المادة فإن اختصاص محكمة دولة موطن المستهلك ينعقد في حالة رفعه دعوى ضد المهني، بموجب عقد مهني أو تجاري، الذي قد وجه نشاطاته بأية وسيلة، اتجاه هذه الدولة العضو في الاتحاد الاوروبي، أو باتجاه عدة دول أعضاء[2].

ويمكن ملاحظة أن الفقرة الثالثة من المادة 15 من اللائحة الاوروبية 2001/44، هي صياغة جديدة للمادة 13 من اتفاقية بروكسل، والتي من خلالها اتضح تكيف اللائحة الأوروبية مع مستجدات العقود الالكترونية. ولقد شمل تنظيم اللائحة كل عقود المستهلك، بما فيها عقود الخدمات المالية والمصرفية، حيث تم بموجب الفقرة السابقة ومن خلال شرط واحد تعويض كل شروط اتفاقية بروكسل لسنة 1968، والتي لم تكن تتكيف مع العقود الالكترونية، حسب ما تم توضيحه من خلال اسباب عرض هذه اللائحة.

لكن موقع الانترنت الخاص بمقدم الخدمات المالية والبنكية يمكن الدخول إليه من أية دولة في العالم، وبالتالي يصبح من الصعب استيعاب مفهوم النشاط الموجه الذي جاءت به المادة 15 فقرة 03 من اللائحة 2001/44، حيث أن محاكم كل الدول الأعضاء تصبح مختصة في حالة رفع النزاع من طرف المستهلك، وعليه يجب التساؤل متى يتم تفعيل هذا الشرط؟

---

[1]- Article 16 du règlement 44/2001 :

1/ L'action intentée par un consommateur contre l'autre partie au contrat peut être portée soit devant les tribunaux de l'État membre sur le territoire duquel est domiciliée cette partie, soit devant le tribunal du lieu où le consommateur est domicilié.

2/ L'action intentée contre le consommateur par l'autre partie au contrat ne peut être portée que devant les tribunaux de l'État membre sur le territoire duquel est domicilié le consommateur.

[2]- Article 15-c du règlement 44/2001 :
lorsque, dans tous les autres cas, le contrat a été conclu avec une personne qui exerce des activités commerciales ou professionnelles dans l'État membre sur le territoire duquel le consommateur a son domicile ou qui, par tout moyen, dirige ces activités vers cet État membre ou vers plusieurs États, dont cet État membre, et que le contrat entre dans le cadre de ces activités.

في تصريح مشترك للمجلس الأوروبي واللجنة الأوروبية، تم التأكيد على أنه لا يكفي أن توجه شركة ما انشطتها نحو الدولة العضو محل موطن المستهلك، أو نحو عدة دول أعضاء منها هذه الدولة، ولكن يجب أن يتم إبرام عقد في إطار هذه النشاطات. كما أن هذا الاجراء يمكن القيام به بعدة وسائل وطرق ترويجية، منها العقود المبرمة عن طريق الانترنت[1]. وفي نفس السياق، أوضحت اللجنة الأوروبية، أنه لا يكفي امكانية الدخول لموقع الانترنت للمهني في الدولة محل موطن المستهلك، حتى نقول أن نشاطاته موجهة لهذه الدولة "وإنما يجب أن تكون هناك دعوة للتعاقد عن طريق الانترنت، وأن العقد–محل النزاع– تم ابرامه فعلا عن بعد بأية وسيلة. وبالمناسبة فإن اللغة والعملة المستعملة من طرف موقع الانترنت لا تعتبر ذات صلة"[2].

وفي حكم قضائي للقضاء الأوروبي، ذي صلة بهذا الموضوع، قالت المحكمة أن التاجر يجب أن يكون قد أبدى نيته واستعداده لإقامة علاقات تجارية مع هؤلاء[3]. ومن جهتها المحكمة الأوروبية أكدت في حكم لها، أنه يعود للقضاء الوطني التأكد من وجود مؤشرات ذات صلة لاستنتاج أن عرض للبيع على الانترنت يمكن الوصول له من دولة تغطيها الماركة، هو فعلا موجه لمستهلكين موجودين على هذه الدولة. ولما يكون عرض البيع مصحوبا بتأكيد جاهزية البائع ارسال البضائع لمناطق جغرافية، فإن هذا التأكيد تكون له أهمية بالغة[4].

ويرى جانب من الفقه، أنه على القضاء تطبيق معيار "توجيه النشاط" من خلال التفريق بين الموقع الإيجابي والموقع السلبي« Site actif et site passif »، فالمواقع السلبية التي توجه نشاطها إلى دول محددة، دون تقديم عروض مباشرة أو دعوة للتعاقد لا يمكن القول أن هذا المعيار ينطبق عليها.

---

[1]- Cité par Fatima Zohra BOULAICH bayssa, op.cit, p213.

[2]- Ibid, p215.

[3]- **La jurisprudence européenne.** Dans la même optique, une affaire préjudicielle a été portée par la Cour suprême autrichienne devant la CJUE pour savoir si le fait pour une société établie dans un Etat membre offre ses services via Internet est considérée comme« dirigeant ses activités » également vers d'autres Etats membres. En réponse, la Cour a constaté que « **la simple utilisation d'un site Internet par un commerçant en vue de faire du commerce ne signifie pas en elle-même que son activité soit «** ***dirigée vers » d'autres Etats membres*** *(….). Aux fins de l'applicabilité de ces règles à l'égard des consommateurs des autres Etats membres,* ***le commerçant doit avoir manifesté sa volonté d'établir des relations commerciales avec ceux-ci ».*** Fatima Zohra BOULAICH Bayssa, op cit, p216.

[4]- à l'occasion de l'arrêt opposant l'Oréal à **eBay du 12 juillet 2011**, la Cour de justice européenne a tenu à préciser qu' *«Il incombe, par conséquent aux juridictions nationales d'apprécier au cas par cas s'il existe des indices pertinents pour conclure qu'un offre à la vente , affichée sur une place de marché en ligne accessible sur le territoire couvert par la marque, est destinée à des consommateurs situés sur celui-ci. Lorsque l'offre à la vente est accompagnée de précisions quant aux zones géographiques vers lesquelles le vendeur est prêt à envoyer le produit, ce type de précision a une importance particulière dans le cadre de ladite appréciation »*Fatima Zohra BOULAICH Bayssa, op.cit, p217

أما المواقع الإيجابية فهي التي تقدم عروضا وتمكن المستهلك من التعاقد مباشرة معها عن طريق الموقع، فهذه هي محل تطبيق اللائحة[1].

إن إمكانية متابعة البنوك والمؤسسات المالية، من طرف المستهلكين، بسبب عقود مالية الكترونية، أمام قضاء كل الدول محل الموطن المستهلكين واردة جدا، وعليه فإنه يجب على هذه المؤسسات القيام بكل الاحتياطات للتأكيد على أن نشاطاتها موجهة لدول أو مجموعة من الدول فقط دون دول اخرى. وهذا قد يكون من خلال إعلان على موقع البنك أو البنك الالكتروني يؤكد أن هذه العروض موجهة لدولة أو دول كذا وكذا فقط دون غيرها.

ولقد وجه بعض الفقه الفرنسي، انتقادات كثيرة لفكرة النشاط الموجه، الواردة باللائحة الاوروبية 2001/44، المبنية على الاختصاص القضائي الدولي، في تحديد الجهة القضائية المختصة للفصل في النزاع، على اساس أن هذه الفكرة توفر حماية كبيرة للمستهلكين في دول التحاد الأوروبي، لكنها في ذات الوقت تقف حجر عثرة أمام تطور وانتشار الخدمات المالية عبر الانترنت في دول المجموعة الاوروبية. وخاصة بالنسبة للمؤسسات والمشاريع الصغيرة التي يجب أن تشجع من طرف الدول. كما أن هذه اللائحة لم تأخذ في الحسبان دور المستهلك النشط في البحث عن هذه المواقع[2].

ثم إن بعضا من الفقه الفرنسي، أيضا، يرى أن قيام المستهلك بالبحث النشط في مواقع المؤسسات التي تقدم الخدمات المالية عن بعد من خلال التفتيش والتنقيب عن سلعة أو خدمة محددة من غير أن تكون هذه الشركات قد قامت بتوجيه نشاطها، لدولة موطن المستهلك، يعرضه لخطر الإبعاد من الحماية المقررة بموجب اللائحة الأوروبية، حتى بعد قيام العقد[3].

ثانيا– الاتفاق على المحكمة المختصة بحماية المستهلك

تناولنا سابقا الحديث عن ضابط الإرادة في تحديد النظام القضائي الدولي المختص في نظر النزاع الناتج عن عقد تجاري دولي ذي طبيعة الكترونية، وبينا أن معظم الانظمة القانونية تتجه إلى الاعتراف بهذا الضابط. وأن أساسه حماية المصالح المشتركة لطرفي العقد خاصة في مجال التجارة الدولية. وأن الفقه يشترط مجموعة من الشروط حتى يكون هذا الاتفاق صحيحا ومنتجا لآثار، منها أن يكون النزاع ذي طبيعة دولية، فلا يمكن الاتفاق على اختصاص محكمة دولة أجنبية في نزاع داخلي، وأن تتوافر رابطة جدية بين النزاع ودولة المحكمة التي تم الاتفاق على اختصاصها، أي تبرير المصلحة المشروعة للأطراف في اختيار المحكمة المختصة.

[1]- حسام أسامة محمد، مرجع سابق، ص130.
[2]- المرجع نفسه، ص135.
[3]- محمد حسين صالح طليان، مرجع سابق، ص771

وما نريد إضافته في هذا الموضع المخصص للاتفاق بين الطرفين في اختيار المحكمة المختصة، في حالة كون أحد طرفي العقد مستهلكا، هو مدى تأثر المركز القانوني الضعيف للمستهلك الالكتروني أمام خضوعه الاختياري، لاختيار محكمة غير المحكمة موطنه أو محل اقامته؟

ما يثير الانتباه، في هذه الحالة، هو سبب تنازل المستهلك عن اختصاص محكمة موطنه أو محل اقامته والاتفاق، أو لنقول الرضى، بمحكمة دولة أخرى للفصل في النزاع. هذا ما يدعونا للتساؤل عن طبيعة الرضى في هذا العقد، خاصة عندما نعلم أن كل العقود المبرمة مع البنوك والمؤسسات المالية عن بعد، هي عقود نموذجية، كما أنها من قبيل عقود الإذعان. حيث لا يكون للمستهلك مجال لمناقشة بنود العقد. ولهذا يمكن القول أن قبول المستهلك الالكتروني لهذا الشرط، إنما جاء في سبيل اتمام الصفقة أو العقد الذي هو في حاجة ماسة له.

لهذه الاعتبارات، نصت المادة 17 من اللائحة الأوروبية 2001/44، على عدم امكانية التنازل عن أحكام هذا القسم، الذي أقر اختصاص محكمة موطن أو محل اقامة المستهلك بموجب فكرة توجيه النشاط، إلا بموجب اتفاق بين الطرفين، وحددت شروطا مشددة لهذا الاتفاق، نذكرها في ما يلي[1]:

الشرط الأول: لإمكانية اتفاق المستهلك مع المهني على اختصاص محكمة أخرى، غير محكمة موطن المستهلك، يجب أن يكون هذا الاتفاق لاحقا على نشوء النزاع. فلا يمكن أن يتنازل المستهلك مقدما عن اختصاص قضاء موطنه، ولا يجوز التنازل عن هذا الامتياز قبل نشوء النزاع.

الشرط الثاني: أن يمكن الاتفاق المستهلك من رفع دعواه أمام محاكم أخرى، غير محكمة الموطن أو محل الإقامة.

الشرط الثالث: أن يكون الاتفاق بين المستهلك والمتعاقد معه، اللذان لهما موطن مشترك أو إقامة دائمة مشتركة وقت ابرام العقد، وأن يكون هذا الاتفاق على محكمة دولة الموطن أو الإقامة المعتادة المشتركة. إلا إذا كانت قوانين الدولة تمنع هذا الاتفاق.

وعليه يمكن القول أنه في الوقت الذي لم يمنح المشرع الجزائري المستهلك الالكتروني في مجال الخدمات المالية والمصرفية، أية حماية بموجب المحكمة المختصة لنظر النزاع، نجد اللائحة الأوربية 2001/44 منحته حماية كافية في هذا المجال، حيث منعت كأصل عام الاتفاق بين المستهلك والبنك أو المؤسسة المالية على الانترنت من الاتفاق على اختصاص غير اختصاص موطن المستهلك، وسمحت بذلك فقط في حالات معينة وعلى سبيل الحصر.

---

[1]- Article 17 du règlement 44/2001, op.cit..

المطلب الثاني

البحث عن القانون الواجب التطبيق على منازعات العمليات المصرفية الالكترونية

ذكرنا ذلك سابقا إنه في حالة كون العقد المصرفي الالكتروني مبرما في الجزائر بين طرفين جزائريين، أو يخضعان للقانون الجزائري، فإن العنصر الاجنبي يختفي من العقد، وعليه فإن منازعات هذا العقد تخضع للقانون الجزائري، حتى ولو كان العقد المصرفي قد ابرم بطريقة الكترونية بين البنك أو المؤسسة المالية والزبون. ولهذا من الطبيعي أن لا تتضمن العقود النموذجية لمختلف البطاقات البنكية الالكترونية المستعلمة في الجزائر، أية إشارة للقانون المطبق في حالة ظهور نزاع بين البنك مصدر البطاقة وحامل هذه البطاقة[1]. لكن تطرح المشكلة بقوة في حالة كون أحد طرفي العقد المصرفي الالكترونية أجنبيا، فهنا يجب البحث عن القانون المطبق على المنازعة.

وعليه نتناول في هذا المطلب، البحث عن القانون المطبق على منازعات العقود الدولية للعمليات المصرفية الالكترونية، في حالة كون أحد طرفي العقد المصرفي الالكتروني أجنبيا، من خلال تطبيق المنهج التنازعي للقوانين الداخلية في القانون الدولي الخاص، في فرع أول، كما نبحث عن الحل أيضا في ما يسمى بالقانون الدولي الخاص الالكتروني، في فرع ثان.

الفرع الأول

تحديد القانون الواجب التطبيق باستعمال قواعد القانون الدولي الخاص

لم تقف صعوبات حسم منازعات العمليات والخدمات المصرفية والمالية المقدمة الكترونيا، عند تحديد النظام القضائي الدولي المختص أو تحديد المحكمة محل الاختصاص، كما سبق وأن ذكرنا ذلك، بل تعدت الصعوبات ذلك. فعند تحديد المحكمة المختصة أو النظام القضائي المختص، فأي قانون يطبق القاضي عندما يعرض عليه نزاع متعلق بعقد مصرفي الكتروني ذي طبيعة دولية، هل يطبق قانونه الوطني أم يطبق قانون دولة أخرى لها صلة بالنزاع.، وماهي ضوابط تحديد هذا القانون الواجب التطبيق؟

ثم إنه في بعض العمليات المصرفية الالكترونية المعقدة، على غرار تحويل الأموال الكترونيا بين شخصين في دولتين مختلفتين، يكون من الضروري تفكيك العلاقات والروابط بين مختلف أطراف العملية المصرفية. وعندها يكون تحديد القانون الواجب التطبيق يسيرا.

وإلى هذا أشار الدليل القانوني للجنة الأمم المتحدة للقانون الدولي التجاري بشأن التحويلات الالكترونية للأموال، عند تطرقه لمسألة تتعلق بهل ينبغي اعداد قواعد متفق عليها دوليا بشأن تنازع

[1]- يمكن الرجوع في ذلك إلى عقد بطاقة فيزا الدولية أو عقد البطاقة البيبنكية CIB المبرمين بين حامل البطاقة و بنك القرض الشعبي الجزائري أو عقد البطاقة الذهبية لبريد الجزائر

القوانين، من أجل عمليات التحويل الالكتروني الدولي للأموال؟ حيث نص الدليل على أنه: "من الأيسر حل المشاكل الناجمة عن تنازع القوانين بالنسبة لعمليات تحويل الأموال، بالنظر إلى أن كل عملية تحويل للأموال تعتبر بمثابة ترتيب ثنائي بسيط. وربما يثور التساؤل فقط بالنسبة للتعليمات الخاصة بالتحويل الالكتروني للأموال والتي ترسل من بلد لآخر، في حين أن العمليات المحلية لتحويل الأموال قبل وبعد العمليات الدولية يفترض خضوعها لأحكام القانون المحلي"[1].

نبحث هنا عن القانون الواجب التطبيق على منازعات العمليات والخدمات المصرفية الالكترونية، من خلال المنهج التنازعي في القانون الدولي الخاص، لنرى مدى امكانية وقدرة هذه القواعد حل هذه المنازعات ذات الطبيعة المعقدة. حيث يجتمع فيها الطابع الدولي والطابع المالي أو المصرفي والطابع الكتروني. نتناول امكانية حل منازعات العمليات المصرفية الالكترونية، من خلال قواعد القانون الدولي الخاص، في حالة اتفاق الطرفين وفي حالة عدم اتفاقهما، ثم نقيم دور هذه القواعد في تحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعة المصرفية الالكترونية.

أولا- في حالة الاتفاق على القانون المطبق على العقد المصرفي الالكتروني

كما ذكرنا سابقا، أجازت مختلف التشريعات الداخلية للدول أو الاقليمية أو الدولية، اتفاق طرفي العقد الدولي على الجهة القضائية المختصة لحل النزاع، الذي قد ينشأ بينهما حالة تنفيذ العقد. وأجازت أيضا مختلف هذه التشريعات الاتفاق على تحديد القانون المطبق للفصل في هذا النزاع. وهذا سواء كان طرفي النزاع مهنيين، أو كان أحد الطرفين مستهلك والآخر مهني.

وفي هذا الإطار نصت اتفاقية روما1 لسنة 2008[2]، المتعلقة بالقانون المطبق على الالتزامات التعاقدية، على أن حرية الأطراف في اختيار القانون المطبق، ويجب أن يكون حجر الزاوية في نظام تنازع القوانين، في الالتزامات التعاقدية[3]. بل ذهبت إلى أبعد من ذلك، حيث اشارت إلى أنها لا تمنع الأطراف من إدراج إشارة في عقودهم إلى قانون غير وطني أو اتفاقية دولية[4].

لا توجد أية اشكالية عند الاختيار الصريح للأطراف قانونا ليحكم عقدهم التجاري الالكتروني ذي الطبيعة الدولية، ولذلك يتعين على القاضي أن يعمل اختيارهم، ويستوي في ذلك إن اختاروا قانون

[1]- الدليل القانوني للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بشأن التحويلات الالكترونية للأموال، السابق ذكره، ص 150.

[2]- Règlement (CE) N° 593/2008 du parlement Européenne et du conseil, du 17 juin 2008, sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I). Disponible sur le site : https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR

[3]- Considérant 11, de la convention de Rome I: La liberté des parties de choisir le droit applicable devrait constituer l'une des pierres angulaires du système de règles de conflit de lois en matière d'obligations contractuelles.

[4]- Considérant 13 de la convention de Rome I, op.cit.

المصرف، أي قانون دولة البنك أو المؤسسة المالية، أو اختاروا قانونا غيره، متى توافرت في هذا الاختيار الشروط التي حددتها مختلف القوانين[1].

ولقد نصت المادة 18 فقرة 01 من القانون المدني على: "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين، إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد."

غير أن المادة 13 من قانون التجارة الالكترونية، ذكرت المعلومات التي يجب أن يتضمنها العقد الالكتروني المبرم بين المستهلك الالكتروني والمورد الالكتروني، وذكرت من هذه المعلومات الجهة القضائية المختصة بالفصل في النزاع، لكنها لم تذكر إمكانية الاتفاق على القانون المطبق، وأحالت للمادة 02، وبالعودة لهذه المادة، نجدها حددت الحالات التي يطبق فيها القانون الجزائري، لكنها أيضا لم تشير إلى امكانية اتفاق طرفي العقد على القانون المطبق على النزاع، من غير القانون الجزائري. فهل يفهم من هذا أن المشرع الجزائري يمنع الاتفاق على قانون لتسوية منازعات التجارة الالكترونية العمليات المصرفية الالكترونية، غير القانون الجزائري؟ أم أنه أراد تقديم حماية للمستهلك الجزائري، الطرف الضعيف في العقد، من خلاله النص على الحالات التي يجب أن يطبق فيها القانون الجزائري. وهذه الحالات تظم كل الحالات الممكنة[2]؟

ثم إن القانون العربي الإسترشادي للمعاملات والتجارة الالكترونية[3] لسنة 2009، أقر حق طرفي المعاملة الالكترونية في الاتفاق على تطبيق قانون دولة ما أو تطبيق قواعد اتفاقية دولية أو أية وثيقة أخرى على نزاعهما. وهو نفس ما أقرته اتفاقية روما1 السابقة الذكر. حيث أقرت حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم العقد، وأن هذا القانون يمكن أن يطبق على كل العقد أو على جزء منه[4]. كما يمكنهم في أي وقت، الاتفاق على قانون ليحكم العقد، غير القانون السابق، باختيار لاحق للقانون. غير أن هذا الاختيار الأخير للقانون المطبق لا يجب أن يؤثر على حقوق الغير[5].

[1]- عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 114.
[2]- تنص المادة 02 من القانون 18-05 على: يطبق القانون الجزائري في مجال المعاملات التجارية الالكترونية في حالة ما إذا كان أحد طرفي العقد الالكتروني:
متمتعا بالجنسية الجزائرية، أو مقيما إقامة شرعية في الجزائر، أو شخصا معنويا خاضعا للقانون الجزائري، أو كان محل ابرام العقد أو تنفيذه في الجزائر.
[3]- المادة 36 من القانون العربي الإسترشادي للمعاملات و التجارة الإلكترونية، مرجع سابق.
[4]- Article 3-1 de la convention de Rome I: Le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Le choix est exprès ou résulte de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. Par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat.
[5]Article 3-2, de la convention du Rome I, op.cit.

من جهته قانون الأونسيترال النموذجي للتحويلات الدائنة الدولية، أقر حق أطراف العقد في اختيار أو الاتفاق على القانون المطبق على أمر الدفع الدولي، وأن القانون المختار هو الذي تخضع له التزامات الأطراف بموجب هذا التحويل[1].

غير أنه في بعض الأحيان لا يكون اتفاق الأطراف على القانون المطبق صريحا، إنما يكون ضمنيا يمكن معرفته من خلال مختلف بنود العقد، وإلى هذا أشارت اتفاقية روما1، حيث نصت في الحيثية 12 منها، على أن اتفاق الأطراف على اعطاء الاختصاص لمحكمة أو عدة محاكم لدولة معينة للفصل في النزاع المتعلق بالعقد، يمكن أن يكون من العوامل المعتبرة في حالة كون اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد غير صريحا[2]. وذهب بعض الفقه إلى أنه في حالة كون اتفاق الأطراف غير صريح على القانون المطبق، يتعين تطبيق قانون المصرف[3].

ويرى جانب من الفقه أنه لا يمكن تقييد إرادة الأطراف في التعاقد، ومنه فعلى القاضي تطبيق القانون المتفق عليه من طرف أطراف العقد. بينما يرى جانب آخر أن هذه النظرة غير واقعية، إذ لا يمكن إعمال قانون إرادة الأطراف في كل الحالات، ومنها عدم وجود صلة بين القانون المختار والمتعاقدين أو موضوع العقد، أو في حالة كون القانون المتفق عليه يخالف النظام العام في دولة القاضي، أو يخالف قانون البوليس. وعلى هذا نتناول تفصيل بعضا من هذه القيود الواردة على القانون المختار للفصل في المنازعة.

أ- **الصلة الحقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد**

نصت على هذا الشرط المادة 18 من القانون المدني، وجاء كشرط لتطبيق القانون المختار على التزامات المتعاقدين: "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد". لكن هذه المكادة لم توضح معالم هذه الصلة الحقيقية التي يجب أن تكون بينم القانون المختار أو المتفق عليه وطرفي العقد، أو بينهما و بين العقد نفسه[4].

ب- **عدم مخالفته للنظام العام**

نصت على هذا الشرط المادة 24 من القانون المدني بقولها: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي، بموجب النصوص السابقة، إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له

---

[1]- المادة "ع" الواردة بهامش الفصل الأول الخاص بالأحكام العامة، قانون الأونسيترال النموذجي للتحولات الدائنة الدولية، 1992، مرجع سابق.
[2]- Considérant 12 de la convention de Rome 1, op.cit.
[3]- عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 117 .
[4]- نفصل ضابط الصلة الحقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد لاحقا.

الاختصاص بواسطة الغش في القانون. يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة".

كما نصت على هذا الشرط أيضا الفقرة 02 من المادة 36 من القانون العربي النموذجي للمعاملات والتجارة الالكترونية. وحسب هذه المادة لا يجوز اعمال اتفاق طرفي العقد في المعاملة الالكترونية، مهما كانت هذه المعاملة، تجارة الكترونية أو عملية أو خدمة مصرفية، إذا كان هذا الاتفاق من شأنه مخالفة النظام العام أو كان من شأنه الغش في القانون.

كما نصت على هذا الشرط أيضا المادة 21 من اتفاقية روما1، حيث بينت أن تطبيق أي أحكام واردة بهذه الاتفاقية لا يمكن استبعاده إلا إذا كان مخالفا للنظام العام[1]. ومن ثم فإن اي اتفاق للأطراف على قانون يكون مخالفا للنظام العام يتم استبعاده من طرف القاضي.

ولقد حاول بعض الفقه تقسيم النظام العام إلى نظام عام داخلي ونظام في مجال تنازع القوانين[2]. ففي النظام العام الداخلي تحصر القوانين الداخلية، السلطة الواسعة للأطراف في تنظيم عقودهم في دائرة تتوازن فيها الارادة مع العدالة والصالح العام، وهنا يبرز القيد الخاص بالنظام العام. وفي هذا الإطار تقترن فكرة النظام العام والآدب العامة بالحديث عن معيار التفرقة بين القواعد الآمرة التي لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالقتها، والقواعد المكملة التي يجوز لهم الاتفاق على مخالفتها، وتقترن أيضا بالحديث عن مبدأ سلطان الإرادة وما يتضمن من قيد على مبدأ الحرية التعاقدية.

أما النظام العام في مجال تنازع القوانين، فيقسمه بعض الفقه إلى نوعين: النظام العام التوجيهي، ويظم قوانين البوليس أو الأمن والقوانين ذات التطبيق الضروري، وهو بهذا يعتبر ضابط اسناد لصالح قانون القاضي، حيث يطبقه بالأولوية على أي قانون أجنبي. والنظام العام الحمائي أو الوقائي، وله دور سلبي حيث يهدف إلى استبعاد القانون الاجنبي واجب التطبيق إعمالا لقاعدة الاسناد إذا كانت أحكام هذا القانون تحمل في طياتها مخالفة للنظام العام في دولة القاضي[3].

ونظرا لصعوبة وضع تعريف دقيق لفكرة النظام العام، بسبب مرونتها و تغيرها مع الزمان والمكان، يلجأ الفقه إلى الإشارة إلى الاطار السياسي والاقتصادي والاجتماعي الذي يساعد على فهما.

---

[1]- Article 21 de la convention de Rome I : L'application d'une disposition de la loi désignée par le présent règlement ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for.

[2]- أنظر هذه الآراء لدى كمال كحيل، **"مفهوم النظام العام في القانون الدولي الخاص"**، مجلة الحقيقة للعلوم الانسانية والاجتماعية ، العدد 42، ص 489

[3]- صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 294.

ونظرا لهذه الصعوبة في وضع تعريف له[1]، يبقى للقاضي السلطة التقديرية للقول ما إذا كان القانون الاجنبي أو اتفاق الأطراف يتعارض أم لا مع النظام العام[2].

وفي مجال حماية المستهلك مثلا، أكدت المحكمة الأوروبية الصفة الآمرة للنصوص الواردة فيه بموجب القانون الأوروبي. ففي قضية حماية الوكلاء التجاريين عند فسخ العقد، جاء في حكم المحكمة الصادر في 09 نوفمبر 2000 أن: "الوكلاء التجاريين لا يستطيعون استبعاد النصوص الأوروبية (المواد 17-19 من اتفاقية بركسل 1968) بمجرد ادراج شرط في العقد يحدد القانون الواجب التطبيق، فهذه النصوص تنطبق عندما تكون العلاقة وثيقة الصلة بدولة أوروبية، و بخاصة عندما يمارس الوكيل التجاري نشاطه على إقليم دولة عضو، أيا كان القانون الذي اختاره الأطراف لحكم عقدهم"[3].

وعلى هذا النحو تكون المحكمة قد أضفت على النصوص الأوروبية المشتركة صفة النظام العام الأوروبي بإقرارها انه لا يمكن استبعاد القواعد الواردة بالتوجيه الأوروبي لمجرد وجود شرط في العقد يحدد القانون الواجب التطبيق[4].

ج- عدم مخالفة قانون الضبط

يعني مفهوم قانون الضبط في القانون الدولي الخاص، أن هناك بعضا من القواعد القانونية في قانون القاضي المختص بالفصل في النزاع، لا تقبل البتة أن تزاحمها في حكم المنازعة أية قواعد قانونية أجنبية أخرى. فقواعد قانون القاضي تستأثر بحكم هذه العلاقة مما دفع البعض، بوصفها أو تسميتها بأنها قواعد ضد التنازع[5].

نصت على هذا الشرط الفقرة 02 من المادة 09 من اتفاقية روما1، حيث بينت أن تطبيق أحكام هذه الاتفاقية، لا يمكن أن يمس بتطبيق القاضي لقانون البوليس (قانون الضبط). كما أن أحكام هذه الاتفاقية لا يجب أن تمس بقانون البوليس للدولة التي تم، أو يتم فيها تنفيذ العقد أو حيث أن قانون البوليس يجعل تنفيذ هذه الاحكام غير قانونية.

---

[1]- عرف البعض النظام العام على أنه: "الكيان السياسي و الاجتماعي والاقتصادي لهذه الدولة بما يقوم عليه هذا الكيان من معتقدات تتعلق بالأمن والحرية والديمقراطية ومعتقدات اجتماعية تتعلق بالمساواة أمام القانون أو احترام أفكار دينية أساسية معينة أو عقائد مذهبية اقتصادية كالاشتراكية أو الرأسمالية أو نحوهما من المذاهب و الافكار الاقتصادية كالعدالة و تكافؤ الفرص وغير ذلك". كما عرف على أنه: "مجموع المبادئ الاساسية العليا للنظام القانوني النافذ في الدولة، والتي يقوم عليها نظام المجتمع سياسيا واقتصاديا ودينيا وقانونيا وأخلاقيا. و يكون للدستور الدور الحاسم في تكوين النظام العام". وعرف أيضا على أنه: "وسيلة قانونية يستبعد بها القاضي، في النزاع المطروح أمامه، الاختصاص العادي المعقود للقانون الاجنبي، متى تعارضت أحكامه مع المبادئ الاساسية التي يقوم عليها نظام المجتمع في بلد القاصي". انظر هذه التعريف لدى كمال كحيل، مرجع سابق، ص 489.

[2]- كمال كحيل، مرجع أعلاه، ص 482

[3]- نقلا عن صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 313.

[4]- صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 313.

[5]- نقلا عن عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص194.

وقبل هذا، عرفت الفقرة الأولى من المادة 09 من اتفاقية رما1، قوانين البوليس (الضبط) على أنها: أحكام آمرة، حيث أن احترامها يجب أن يكون حاسما، من طرف الدولة من أجل حماية مصالحها العمومية، مثل النظام السياسي الاجتماعي والاقتصادي، لدرجة أنه يجب تطبيق أية حالة يمكن أن تدخل في مجال تطبيقه[1].

ثانيا- في حالة عدم الاتفاق على القانون المطبق على العقد المصرفي الالكتروني

تقترح قواعد القانون الدولي الخاص في هذه الحالة ضابطين أساسيين لتحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعة المصرفية الالكترونية الدولية هما، ضابط قانون المصرف وضابط القانون الأكثر صلة بالرابطة العقدية، كما يمكن أيضا تطبيق فكرة الأداء المتميز.

أ- تطبيق قانون المصرف

إذا لم يتفق الأطراف صراحة على تحديد القانون الواجب التطبيق، يرى جانب من الفقه أنه يتعين تطبيق قانون المصرف حسب قاعدة الاسناد في العمليات المصرفية الدولية[2]، وهي قاعدة اسناد مزدوجة الجانب، قد تشير إلى تطبيق قانون وطني كما قد تشير إلى تطبيق قانون أجنبي[3]، وذلك بحسب مقر البنك القائم بالعملية ذات الطبيعة الدولية، وما إذا كان المصرف موجودا في دولة القاضي أو دولة أجنبية. وهو تطبيق يتم إما حملا على تفسير الإرادة الضمنية بأنها اختارت قانون هذا المكان وفقا لنظرية التركيز، وإما قولا بخلق قاعدة اسناد مفادها العهدة لقانون البنك بحكم أن العمليات المصرفية الدولية في كثير من الأحيان لا يتم تحديد القانون المطبق عليها. وبحكم عموم هذه القاعدة وانطباقها على جميع العمليات المصرفية فإننا نرى إمكانية تطبيقها على العمليات والخدمات المصرفية الالكترونية. ولقد تم تبرير اعتماد قانون البنك، وفقا للقاعدة السابقة بمبرات كثيرة، أهمها:

أن قانون المصرف هو أكثر القوانين ملاءمة لحكم العملية المصرفية، كونه معروفا لدى أطراف العملية المصرفية، خاصة الزبون، بخلاف لو تم تطبيق قانونا آخر. كما أن تطبيق قانون المصرف يحقق المساواة بين الزبائن، حيث تعطى لهم نفس الحقوق وعليهم الالتزامات.

كما أن تطبيق قانون المصرف يحقق فكرة (تطبيق القانون الأقل إزعاجا). فإذا كان البنك يمارس يوميا العديد من العمليات المصرفية وفي كثير من الدول، فإن إعطاء الاختصاص لقانون دولة العميل

[1]- Article 9- 1 de la convention de Rome I: Une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement.

[2] - Jean-Pierre Mattout, Droit bancaire international, 4ème édition, RB édition, Paris, 2009, p 22.

[3]- لتفصيل أكثر أنظر محمد حسين صالح طليان، مرجع سابق، ص718. عكاشة محمد عبد العال، مرحق سابق، ص 118.

يحقق إزعاجا كبيرا للمصرف، الذي عليه الاطلاع على كل قوانين هذه الدول. بخلاف لو طبق قانون البنك فإنه لا يحقق إزعاجا للعميل إلا مرة واحدة. وهذا في الأخير يؤدي للموازنة بين مصلحة العملاء ومصلحة البنك، خاصة إذا كان العملاء مهنيين، فليس من الضروري توفير الحماية لهم مثل بقية المستهلكين.

من جهة أخرى فإن البنوك، في حقيقة الأمر، تقوم بعمليتها المصرفية، تقليدية كانت أو الكترونية بموجب عقودا نموذجية معدة مسبقا، محدد فيها كل البنود المتعلقة بالعملية، فهي عقود نموذجية على مستوى البنك أو على مستوى الدولة بأكملها. وبالتالي يتم اخضاعها لنفس النظام القانوني، أي قانون المصرف[1].

إن الدولة كثيرا ما تفرض على البنوك بموجب القانون، قواعد عامة تهدف إلى حماية الاقتصاد الوطني، في كثير من المسائل المالية والنقدية الحساسة كعمليات القرض وعمليات الصرف وتحويل العملة والنقد الأجنبي أو العملة الصعبة إلى الخارج. ومن ثم يجب أن تتكيف العقود المبرمة مع الزبائن مع هذه القواعد، وذلك بخضوعها لقانون دولة البنك.

كما أن خضوع العمليات المصرفية الالكترونية لقانون المصرف، كون عقودها مبرمة بين غائبين، بطريقة الكترونية، يعفي المتعاقدين من كثير من الصعوبات المتعلقة أساسا بمكان وزمان ابرام العقد.

ولقد تم تبني هذا الاختيار، أي تطبيق قانون المصرف، في حالة عدم اتفاق الاطراف على القانون المطبق، بموجب اتفاقية روما1. حيث يطبق قانون الدولة محل الإقامة الدائمة لمقدم الخدمات. وتعتبر العمليات المصرفية الالكترونية جزء من هذه الخدمات التي تقدمها البنوك والمؤسسات المالية على الخط[2].

ب- تطبيق القانون الأكثر صلة بالرابطة العقدية

في حالة عدم اتفاق الطرفين على القانون الواجب التطبيق على العقد، اتجه الفقه والتشريع معا إلى فكرة تطبيق قانون الدولة الأكثر صلة بالرابطة العقدية، بمعيار وكأنه اختيار ضمني للأطراف. ويكون القانون أكثر صلة بالرابطة العقدية، إذا كان له صلة كبيرة بمكان العقد، ومن ثم ضابط مكان ابرام العقد أو ضابط مكان تنفيذ العقد، كما يكون للقانون أكثر صلة بالرابطة العقدية إذا كان له صلة كبيرة بالمتعاقدين، ومن ثم ضابط الموطن المشترك للمتعاقدين أو ضابط الجنسية المشتركة للمتعاقدين.

---

[1]- ومثال ذلك عقود بطاقات الدفع البيبنكية في الجزائر المبرمة بين البنوك والزبائن أو بين البنوك والتجار، هي عقود نموذجية على مستوى كل البنوك الجزائرية، أعدت هذه العقود النموذجية مؤسسة SATIM. وكذلك الأمر بالنسبة لعقود بطاقة فيزا الدولية التي تقوم بتسويقها البنوك الجزائرية.

[2]- Article 4-1-b) la convention de Rome I: le contrat de prestation de services est régi par la loi du pays dans lequel le prestataire de services a sa résidence habituelle.

1- ضابط الموطن المشترك للمتعاقدين

يقوم هذا الضابط على تطبيق قانون دولة الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا. نصت على هذا الضابط المادة 18 من القانون المدني، كضابط استناد احتياطي، في حالة عدم إمكانية تحقيق الضابط الأول والذي هو القانون المختار الذي له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو العقد. كما نصت على هذا الضابط أيضا الفقرة الأولى من المادة 37 من القانون العربي الإسترشادي للمعاملات والتجارة الالكترونية، في حالة عدم اتفاق طرفي المعاملة الإلكترونية على تطبيق قانون معين لدولة أو قواعد اتفاقية دولية أو أية وثيقة أخرى[1].

ويرى من يدافع عن هذا الضابط[2]، أن قانون الموطن المشترك للمتعاقدين هو القانون الذي يعرفه المتعاقدان أكثر من غيره، وقد اعتادوا على أن يخضعوا له تصرفاتهم، وبالتالي يكون لهم أن يتوقعوا ما يمكن أن يترتب على تطبيقه من آثار إيجابية أو سلبية للطرفين.

إلا أن تطبيق هذا الضابط على العقود الالكترونية وعقود العمليات المصرفية الالكترونية خصوصا، يعتبر صعب للغاية على اعتبار أن الأصل في العقود الالكترونية عدم اتحاد موطن المتعاقدين. كما ان تحديد الموطن في العقود الالكترونية صعب للغاية، نظرا لأن كثير من المتعاملين على شبكة الانترنت لا يعلنون على موطنهم الحقيقي، كما ذكرنا ذلك سابقا، وأن كثير منهم لا يمارسون تجارتهم في الأماكن التي يوطنون فيها مواقعهم الالكترونية، فهم يختارون توطين عناوينهم الالكترونية في الدول التي تكون إجراءاتها بسيطة ومناسبة لهم.

2- ضابط الجنسية المشتركة للمتعاقدين

يقوم هذا الضابط على تطبيق قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين إذا اتحدا في الجنسية. ولقد أخذ بهذا الضابط المشرع الجزائري بموجب المادة 18 من القانون المدني السابقة الذكر، كما أخذ أيضا بضابط الجنسية في تحديد المحكمة المختصة في الفصل في النزاع، بموجب المادتين 41 و42 من قانون الاجراءات المدنية والادارية، كما بينا ذلك سابقا. وجاء قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين، كضابط احتياطي، على غرار ضابط الموطن المشترك، في حالة عدم امكانية اتفاق الطرفين على القانون المختار الذي يجب أن تكون له صلة بالمتعاقدين أو بالعقد. حيث نصت الفقرة الثانية من المادة 18 على: "وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة".

[1]- المادة 37 من القانون العربي الإسترشادي للمعاملات و التجارة الالكترونية، مرجع سابق.
[2]- صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص334.

ولم يأخذ بهذا الضابط القانون العربي النموذجي للمعاملات والتجارة والالكترونية، كما لم تأخذ به اتفاقية رما1 لأنها تحاول المساواة بين كل مواطني الاتحاد الأوروبي، كما تشجع على انتشار التجارة الالكترونية والخدمات المالية الالكترونية في السوق الأوروبية الداخلية[1].بينما أخذت به بعض التشريعات الداخلية للدول، واختلفت هذه الدول في ترتيب هذا الضابط مع ضابط مكان ابرام أو تنفيذه[2].

والحقيقة أن اسناد الرابطة العقدية إلى قانون دولة الجنسية المشتركة هو اسناد منتقد[3]، ويصعب التعويل عليه في عقود التجارة الالكترونية عموما وعقود العمليات المصرفية الالكترونية خصوصا، وذلك لضعف الصلة بين القانون الواجب التطبيق والعقد. ويؤكد القانون الدولي أن الجنسية لا تعد عنصرا مؤثرا في المعاملات التجارية الدولية، كما ذكرنا ذلك سابقا، فاتفاقية الامم المتحدة بشأن الخطابات الالكترونية استبعدت النظر إلى جنسية الأطراف[4] في معرفة مدى انطباق هذه الاتفاقية. وعلاوة على ذلك فإن توافر الجنسية المشتركة للمتعاقدين أمر يصعب تحقيقه، ومن شأنه أن يحصر التبادلات التجارية الالكترونية داخل نفس الدولة، الشيء الذي يعاكس فلسفة التجارة الالكترونية القائمة على العولمة والبعد الدولي.

3- ضابط قانون مكان ابرام العقد

يقوم هذا الضابط على تطبيق قانون دولة محل ابرام العقد. نصت عليه الفقرة 03 من المادة 18 من القانون المدني، كضابط احتياطي ثاني، في حالة عدم إمكان تطبيق ضابط الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة للمتعاقدين، بقولها: "وفي حالة عدم إمكان تطبيق ذلك يطبق قانون محل ابرام العقد". كما نصت على هذا الضابط بعض التشريعات الداخلية للدول في حالة عدم الاتفاق على القانون المطبق[5].

ويرى بعض الفقه الذي يدفع إلى الأخذ بهذا الضابط، أنه يعبر عن وجود صلة حقيقية وجادة بين العقد والقانون. وانه يكفل للمتعاقدين إمكانية عرض الحلول المطبقة بشكل أكثر تفصيلا من غيره. وأن يكفل للمتعاقدين ميزة العلم المسبق بالقانون الواجب التطبيق، ومن ثم يكفل لهم الأمان القانوني. كما أنه يضمن وحدة الحلول القانونية التي تطبق على الرابطة العقدية.

غير أننا نرى أن هذا الضابط أبعد ما يكون تطبيقه على العقود الالكترونية، وذلك نظرا لصعوبة تحديد مكان ابرام العقد. فقد يبرم الزبون عقدا الكترونيا، متعلقا بتحويل مصرفي الكتروني مع أحد البنوك

---

[1]- Article 1-1 de la directive européenne 2000/31, op.cit.

[2]- صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 332.

[3]- للتفصل أكثر راجع، صالح المنزلاوي، المرجع نفسه، ص 333.

[4]- نصت المادة الأولى في فقرتها الثالثة من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن الخطابات الالكترونية على: "لا تؤخذ جنسية الأطراف ولا الصفة المدنية أو التجارية للأطراف أو للعقد في الاعتبار لدى تقرير انطباق هذه الاتفاقية".

[5]- نص عليه القانون المدني الإيطالي والاسباني، في حالة عدم وجود جنسية مشتركة لأطراف العقد، كما نص عليه القانون المصري والبرتغالي في حالة عدم وجود موطن مشترك لأطراف العقد. راجع صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 327.

أو المؤسسات المالية، من خلاله حاسوبه أو هاتفه المحمول، وهو في سفر، لا في موطنه المعتاد، ولا في الدولة التي يحمل جنسيتها. فالعقود الالكترونية بطبيعتها لا تسمح بتركيز المعاملات مكانيا.

كما أنه في حالة تم تحديد مكاني المتعاقدين، فإنه من الصعب تحديد مكان ابرام العقد هل هو محل إقامة الزبون أم محل إقامة البنك أو المؤسسة المالية مقدمة الخدمة المالية الكترونية؟ وهل هو موطن الزبون أم موطن المؤسسة المالية؟

وعليه فإن معيار مكان ابرام العقد يصعب أن يكون ضابطا لتحديد القانون الواجب التطبيق في منازعات العمليات المصرفية الالكترونية.

4- ضابط قانون مكان تنفيذ العقد

يقوم هذا الضابط على تطبيق قانون دولة تنفيذ العقد. لم ينص على هذا الضابط القانون المدني الجزائري. كما لم تنص عليه اتفاقية روما1. بينما أخذت بهذا الضابط اتفاقية بروكسل لسنة 2001 في تحديد المحمة المختصة، كما ذكرنا ذلك سابقا.

ويقوم هذا الضابط على أساس أن محل تنفيذ العقد هو المكان الذي ترتكز فيه مصالح المتعاقدين، وهو المكان الذي تنعقد فيه مسؤولياتهم في حالة عدم تنفيذ التزاماتهم. كما أنه الثقل الاجتماعي والاقتصادي للرابطة العقدية، كما أن اقتصاد البلد قد يتأثر بتنفيذ العقود عليه. كما أنه المكان الذي تنفذ وتتجسد فيه التزامات المتعاقدين، لأنه لا معنى لهذه الالتزامات إن لم تجسد على أرض الواقع، ومن ثم فقانون الدولة هو الأولى بالتطبيق على الرابطة العقدية التي نفذت عليه[1].

لكن كيف يتم تطبيق هذا الضابط في حالة كون العقد يتم تنفيذه في أكثر من دولة، على غرار عقد التحويل المصرفي الالكتروني للأموال بين شخصين حسابيهما في بنكين ببلدين مختلفين؟. وكيف يتم تطبيق هذا الضابط بالنسبة لعقود الخدمات التي تنفذ الكترونيا على الخط، و لا يكون فيها تسليم للبضاعة بالطريقة المادية؟.

نصت على هذا الضابط المادة 37 من القانون العربي الإسترشادي للمعاملات والتجارة الإلكترونية، كضابط احتياطي. وبحسب هذه المادة فإن ضابط قانون الدولة التي نفذ فيها الجانب الأكبر من المعاملة الالكترونية، يعتبر معيارا لاتصال هذه الدولة بموضوع النزاع[2].

[1]- صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص331.

[2]- نصت المادة 37 من القانون العربي الإسترشادي للمعاملات والتجارة الالكترونية على: في حالة عدم اتفاق طرفي المعاملة الالكترونية على تطبيق قانون معين لدولة ما أو قواعد اتفاقية دولية أو أية وثيقة أخرى على موضوع المعاملة، فإن القانون الواجب التطبيق على الموضوع، هو قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك لطرفي المعاملة الالكترونية إذا اتحدا موطنا، فإن اختلفا يطبق قانون الدولة الأكثر اتصالا بموضوع النزاع وهي الدولة التي نفذ فيها الجانب الأكبر من المعاملة الالكترونية"

غير أنه إذا كان من السهل تحديد مكان تنفيذ العقد، أو الجزء الأكبر منه في العقود العادية، فإنه في العقود الالكترونية التي تنفذ الكترونيا يصعب تحديد مكان تنفيذ العقد، كما هذا التنفيذ يصعب أو يستحيل تجزئته في كثير من الحالات، فإما أن تتم عملية الدفع الالكتروني أو لا تتم، وإما أن تتم عملية سحب الأموال من الموزع الآلي أو لا تتم، فهذه العمليات أو الخدمات المصرفية الالكترونية لا يمكن تجزئتها. ولهذا يمكن القول أن دولة محل تنفيذ العقد، لا تصلح كضابط لتحديد القانون المطبق على منازعات العمليات والخدمات المصرفية الالكترونية، ومن ثم فمن الأسهل للأطراف الاتفاق على مكان التنفيذ في العقد.

ثالثا– تقييم دور قواعد القانون الدولي الخاص في تحديد القانون الواجب التطبيق

اتضح لنا مما سبق أن قواعد الاسناد تختلف عن قواعد القانون الداخلي، من حيث أنها قواعد ثنائية الجانب تستبعد تطبيق القانون الوطني، وتشير فقط إلى اختصاص قانون آخر قد يكون قانون القاضي أو قانونا أجنبيا ، كما أنها قواعد اجرائية لا تتضمن حلولا موضوعية مباشرة للنزاع المصرفي الالكتروني، إنما تقوم فقط بالإشارة إلى القانون الواجب التطبيق، مما يدفع القاضي إلى البحث عن مضمون ذلك القانون بهدف تطبيق أحكامه الموضوعية على المنازعة المصرفية المعروضة عليه.

فمن المؤاخذات على منهج تنازع القوانين، أن قواعد الاسناد التي يقوم عليها هذا المنهج هي قواعد غير مباشرة تعمل بطريقة آلية على تحديد القانون الأكثر اتصالا بالرابطة العقدية، دون اعتداد بمضمون هذا القانون، أو آثار تطبيقه على النزاع، وذلك لأن المشرع في كل دولة من دول العالم نظم العلاقات الخاصة الدولية بتنظيم يختلف عن تنظيم العلاقات الخاصة الداخلية.

هذه الصعوبات تجعل من قواعد التنازع في القانون الدولي الخاص صعبة التطبيق، وتزداد هذه صعوبة، عندما يراد تطبيق هذه القواعد في بيئة افتراضية على العقود الالكترونية، وتزاد هذه الصعوبة عندما تكون هذه العقود أساسا متعلقة بمعاملات مالية مصرفية عن بعد.

إن العالم أصبح قرية صغيرة ومن ثم فإن ضوابط الاسناد القائمة على الموقع الجغرافي أو الاقليمي أو الموطن أو الجنسية لطرفي العقد، أصبحت صعبة التطبيق وقليلة الجدوى في العالم الافتراضي، المبنى على التواصل والتعاقد وتنفيذ العقد عن بعد ومن غير التقاء للأطراف. فالمعلومة تنتقل لحظة تحميلها إلى كل دولة من الدول المرتبطة بشبكة الانترنت[1]. وحتى وإن حاول القاضي القيام بعملية التركيز المكاني لطرفي العقد، فإنه يكون أمام احتمالات كثيرة، كما رأينا ذلك سابقا، بين موقع وجود

[1]- محمد حسين صالح طليان، مرجع سابق، ص 746.

حاسوب المتعاقد، أو موقع توطين المتجر الالكتروني، أو موقع الجنسية الشركة، وفوق ذلك كله قد يقوم الزبون بالتعاقد مع مقدم الخدمات المصرفية وهو مسافر، فأي موطن يختار له القاضي؟

كل هذه الصعوبات في تطبيق قواعد منهج التنازع لحل منازعات العمليات المصرفية الالكتروني، جعلت الفقه يبحث عن قواعد أخرى لعلها تكون الأقرب لهذ البيئة الالكترونية، وتكون كفيلة بحل المنازعات التي تنشأ في هذه البيئة. ومن هذه القواعد، القواعد الموضوعية الموحدة للتجارة الالكترونية، التي نتناولها في هذا الفرع التالي.

الفرع الثاني

البحث عن قانون دولي خاص الكتروني لمنازعات العمليات المصرفية الالكترونية

تناولنا في الفرع الأول البحث عن القانون الواجب التطبيق على منازعات العمليات المصرفية الالكترونية، من خلال منهج التنازع بالقانون الدولي الخاص. وخلصنا إلى أن هذا المنهج قد لا يحقق الحماية الكافية لعملاء المصارف والمؤسسات المالية، سواء كانوا مستهلكين أو مهنيين، عند نشوب النزاع بمناسبة تطبيق عقود العمليات المصرفية الالكترونية. وذلك لأن هذا المنهج يعتمد على الإحالة إلى القانون الداخلي الواجب التطبيق، الأمر الذي يجعل القانون الذي يحكم هذا النوع من المنازعات يختلف باختلاف النظام القانوني المطبق في الدولة.

من جهة أخرى فإن النظام القانوني الداخلي للدول المحال إليها النزاع للفصل فيه، يختلف باختلاف هذه الدول ومدى مواكبتها للتطورات الحاصلة في ميدان تكنولوجيا الاعلام والاتصال، ومدى اعترافها بهذه الوسائل الحديثة في ابرام العقود الالكترونية، ومدى استيعابها للوسيلة الالكترونية في الكتابة والأثبات وتحديد مكان و زمان المتعاقدين وغيرها من الاشكالات المتعلقة بالتعاقد وتنفيذ العقد عن بعد. ومن ثم يتوقف نجاح هذه الطرق على مدى استيعاب وتنظيم القانون التجاري والمصرفي لهذه للبنوك والمؤسسات المالية في هذه الدول، للقيام بالعمليات والخدمات المصرفية الكترونيا.

إذا اتضح لنا أن قواعد الاسناد، فيما عدا ضابط قانون الإرادة أو القانون المختار، لا تنسجم مع الطبيعة الذاتية لمعاملات التجارة الالكترونية، الأمر الذي يقتضي منا البحث عن مناهج قانونية بديلة لتسوية منازعات العقود الالكترونية عموما وعقود العمليات المصرفية الالكترونية بصفة خاصة، حتى لا نكون بصدد فراغ قانوني يمكن أن يقودنا حال الفصل في النزاع إلى حالة من إنكار العدالة ومن ثم شيوع عدم الثقة في الفضاء الالكتروني[1].

[1]- محمد أحمد على المحاسنة، تنازع القوانين في العقود الالكترونية، دار الحامد للنشر و التوزيع عمان، 2013، ص 167.

ولهذا اتجه الفقه الحديث[1] إلى البحث عن القانون الواجب التطبيق على هذا النوع من المنازعات التي تنشأ في البيئة الالكترونية، والتي منها منازعات الخدمات المصرفية الالكترونية، من فكرة إيجاد قواعد موضوعية موحدة تطبق على المعاملات التجارية في الفضاء الالكتروني الافتراضي على شبكة الانترنت. وذلك على غرار القواعد المادية للتجارة الدولية.

وعليه نتناول البحث عن القانون الواجب التطبيق على منازعات العمليات المصرفية الالكترونية، من خلال ما يسمى بالقانون الموضوعي الالكتروني أو القواعد الموضوعية الموحدة للمعاملات التجارية الالكترونية أو القواعد المادية للتجارة الالكترونية [2]، من خلال التطرق لمفهوم القانون الموضوعي الالكتروني، ومصادر هذا القانون، لنصل إلى تقييم مدى صلاحية هذه القواعد القانونية الموضوعية لتسوية منازعات العمليات المصرفية الالكترونية.

أولا– مفهوم وخصائص القواعد الموضوعية للقانون التجاري الدولي الالكتروني

يرى انصار[3] ما يسمى بالقانون التجاري الدولي الالكتروني، أن هناك مجتمعا خاصا بالشبكات الدولية، وأشخاصه يعيشون معا كوحدة متماسكة بدرجة كافية، ولهم فكر واحد وهدف واحد، وأنهم مرتبطون بعلاقات ومعلومات وثيقة على نحو يجعلهم يشكلون مجتمعا دوليا حقيقيا – في العالم الافتراضي– يتولى أعضاؤه وضع القواعد السلوكية التي تحكم معاملاتهم، وتفرض الجزاءات التي تكفل احترام هذه القواعد. كما أن لهم هيئات قضائية ومراكز تحكيم يحتكمون إليها على الشبكة الالكترونية لفض منازعاتهم الالكترونية، تطبق هذه المراكز القانون (القانون التجاري الدولي الالكتروني) وتصدر الحكم[4]. وعلى هذا الاساس نتناول مفهوم القواعد الموضوعية للقانون التجاري الدولي الالكتروني، ثم نتناول خصائص هذا القانون.

[1]- للتفصيل أكثر انظر محمد حسين طليان، مرجع سابق، ص 744 وما بعدها. صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 109 وما بعدها. حابت أمال، مرجع سابق، ص 502 وما بعدها. محمد أحمد علي المحاسنة، مرجع سابق ، ص167 وما بعدها.

[2]- نلاحظ تعدد المصطلحات المستعملة في الفقه للتعبير عن هذه القواعد، منها:
القانون الالكتروني Lexélectronica، وقانون المعلوماتية Lexingormatica، والقانون الافتراضي Lexvirtual، والقانون الرقمي Lexnumerica، وقانون الاتصالات communicationK، و قانون الفضاء الافتراضي Cyber spacecommonlaw. بينما يميل البعض إلى تسميتها، بأسماء مرتبطة بالقواعد المادية للتجارة الدولية، فيطلق عليها اسماء من قبيل، القانون التجاري عبر الدول، وقانون التجار الجديد، وقانون التجار الرقمي .Lexmercatorianumerica. ويفضل البعض الآخر مصطلح القواعد المادية للتجارة الالكترونية. راجع صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 109.

[3]- في موضوع الاعتراف بمدى وجود قانون تجاري دولي الكتروني، انقسم الفقه إلى اتجاهين:
الاتجاه الأول ينكر وجود قانون تجاري دولي الكتروني، مستقل و متميز عن القانون التجاري الدولي. وبالتالي يرفضون فكرة وجود قواعد مادية أو موضوعية الكترونية، و ينكرون استقلالها عن القواعد المادية للتجارة الدولية. ويقولون أن القواعد المادية الالكترونية تقع داخل القواعد المادية التقليدية.
أما الاتجاه الثاني، فيرى باستقلالية القواعد المادية أو الموضوعية الالكترونية، ومن ثم يقرون بوجود قانون تجاري دولي الكتروني، نشأت وتطورت في البيئة التجارية الالكترونية، و يقولون أن لها مصادرها الخاصة بها. أنظر صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 115 وما بعدها.

[4]- محمد حسين صالح طليان، مرجع سابق، ص746.

أ- مفهوم القواعد الموضوعية للقانون التجاري الدولي الالكتروني

بداية، يمكن تعريف القانون الموضوعي التجاري الدولي بصفة عامة على أنه: "مجموعة القواعد الموضوعية أو المادية ذات المضمون الدولي أو العالمي الموجودة أصلا، أو المعدة خصيصا لتعطي حلا مباشرا ينهي النزاع، أو يتفاداه في علاقة خاصة ذات طباع دولي"[1].

أما في مجال العقود الالكترونية فيمكن تعريف القواعد المادية للتجارة الالكترونية على أنها: "مجموعة القواعد القانونية غير الرسمية المطبقة في ميدان التجارة الالكترونية". كما عرفها البعض على أنها: "مجموعة قواعد تلقائية ذات طبيعة موضوعية خاصة بالروابط القانونية التي تتم على شبكة الانترنت"[2].

ويهدف البحث عن قانون دولي خاص في المعاملات الالكترونية، إلى وضع تنظيم خاص ومستقل عن القوانين الوطنية الخاصة بالعلاقات ذات الطابع الدولي، ليكون مناسبا لحاجيات مجتمع قوامه السرعة في التعامل، وأساسه معاملاته تبادل البيانات الرقمية عبر الحواسيب والاجهزة الالكترونية[3]، من أجل عقد الاتفاقيات والصفقات عن بعد. مع الالمام بالمصطلحات التقنية التي يجب أن تتطور للحاق بالتطور التكنولوجي الكبير في ميدان الاعلام والاتصال.

وعليه يمكن القول أن القانون التجاري الدولي الالكتروني، هو كيان قانون ذاتي خاص بالعمليات التي تتم عبر الانترنت، وهو نظيرا للقانون الموضوعي للتجارة الدولية، تشكل من مجموعة من العادات والممارسات المقبولة التي نشأت واستقرت في المجتمع الافتراضي للأنترنت، وطورتها المحاكم ومستخدمو الشبكة، وحكومات الدول في مجال تكنولوجيا الاعلام والاتصال[4].

ب- خصوصيات القانون التجاري الدولي الالكتروني

من خلال التعاريف السابقة للقانون التجاري الدولي الالكتروني، يتضح أن لهذا القانون، أو لهذه القواعد القانونية مجموعة من الخصائص تميزه عن غيره، نذكر أهمها.

1- قانون موضوعي أو مادي

تقوم قواعد القانون التجاري الدولي الموضوعية بحسم النزاع مباشرة دون البحث عن قواعد الاسناد[5]. فهذا القانون يشتمل، بصفة عامة، على قواعد موضوعية موحدة تسري على علاقات قانونية

1- نقلا عن محمد أحمد علي المحاسنة، مرجع سابق، ص 174.
2- أنظر هذه التعاريف لدى صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 111.
3- حابت أمال، مرجع سابق، ص 502.
4- محمد أحمد علي المحاسنة، مرجع سابق، ص 174.
5- حابت أمال، مرجع سابق، ص 506.

معينة، وهي العلاقات ذات الطابع الدولي. هذه الخصوصية هي التي تميز هذا القانون عن القانون المقارن من جهة، وتميزه أيضا عن القانون الدولي الخاص من جهة أخرى[1]. فمن الجهة الأولى يلاحظ أن القانون المقارن يعنى بدراسة مختلف الأنظمة القانونية الداخلية للدول، بشأن مسألة معينة ليبين أوجه الشبه وأوجه الاختلاف بينها، هذه الدراسة تفيد المشرع الوطني كما تفيد أيضا القاضي الوطني. أما القانون التجاري الدولي فهو يهدف إلى توحيد الحلول في مختلف الأنظمة القانونية الوطنية، وبالتالي تجنب الاختلاف بينها والقضاء على أوجه التنازع.

ومن جهة ثانية فإن وجود قواعد موضوعية موحدة، هو أهم ما يميز القانون التجاري الدولي عن القانون الدولي الخاص. هذا الأخير، الذي كما رأينا سابقا، لا يهتم في مجال التنازع إلا بتعيين القانون الواجب التطبيق من بين القوانين الوطنية، دون النظر إلى آثار أو نتائج هذا التطبيق. وعلى هذا فقواعد القانون التجاري الدولي الالكتروني، قواعد موضوعية تقوم، أو يفترض أن تقوم، بحسم النزاع القائم على شبكة الانترنت مباشرة ولا تحيل النزاع إلى قانون آخر.

2- قانون نوعي أو فئوي

هذا القانون لا يطبق إلا على العلاقات الناشئة في العالم الافتراضي الالكتروني أو على العلاقات الخاصة، ومنها العقود الدولية البرمة بين الخواص على الانترنت. ومن جهة أخرى لا ينظم إلا فئة أو طائفة معينة من الاشخاص وهم مرتادو أو مستعملو مواقع التجارة الالكترونية « les internautes ». فهذا القانون ينظم منازعات العقود الالكترونية والدعاية والترويج والاشهار الالكتروني، والمعالجة الآلية للبيانات والخدمات المالية والمصرفية والعلاقات مع المؤسسات المالية وأنظمة الدفع الالكتروني وغيرها.

3- قانون تلقائي النشأة

يوصف هذا القانون بأنه تلقائي النشأة، وجد ليتلاءم مع البيئة الالكترونية ومجتمع قوامه السرعة في التعامل مع البيانات الرقمية، التي تبرم بها العقود والصفقات التجارية عن بعد ومن غير تلاقي الأطراف.

معظم القواعد الموضوعية لهذا القانون لم تصدر بطريق رسمي[2]، على غرار القوانين الداخلية للدول. كما أن تطبيق هذه القواعد لا يحتاج إلى سلطة عامة، فهي تلقائية التطبيق. ويرى الفقه المؤيد للقانون التجاري الدولي الالكتروني، أن القانون طالما هو نابع عن ممارسات الأطراف ورضاهم بمقرراته، فهو يتماشى مع الطبيعة الذاتية للتعامل على شبكة الانترنت. وهي طبيعة تقوم على المعطيات الفنية

[1]- محمد أحمد علي المحاسنة، مرجع سابق، ص 175.

[2]- باستثناء بعض القواعد التي تجد أصلها في بعض القوانين الداخلية أو في القانون الدولي، التي سنوضحها عند الحديث عن مصادر القانون التجاري الدولي الالكتروني.

والتكنولوجية والوسائط المتعددة لنقل البيانات والمحررات وعلى تسجيل البيانات على وسائط غير مادية وعلى الكتابة الالكترونية.

4- قانون عابر للحدود

مجال قانون التجارة الدولية هي العلاقات التجارية ذات الطابع الدولي، التي تتخطى حدود اقليم دولة معينة لتنتج آثارها في اقليم دولة أخرى. ومن هنا فهو يختلف عن قانون التجارة الوطني المطبق داخل حدود الدولة.

وتميز الصفة الدولية للعلاقة أو العقد من خلال معيارين، الأول قانوني كجنسية الطرفين أو مكان اقامتهما، أما المعيار الثاني فهو اقتصادي، وهو كون العقد يخدم مصالح تجارية دولية لأكثر من دولة واحدة.

ثانيا- مصادر القانون التجاري الدولي الالكتروني

لا شك في أن معظم القواعد الموضوعية للقانون الالكتروني تلقائية النشأة، فهي نشأت في بيئة افتراضية تمثلها أساسا الانترنت ومختلف الوسائل الإلكترونية. غير أن هذا لا ينكر المصدر التنظيمي لكثير من القواعد الموضوعية الأخرى، والتي أصدرتها العديد من الهيئات والتنظيمات الدولية والإقليمية والمحلية. وعليه يقسم الفقه، الذي يتبنى فكرة القانون التجاري الدولي الالكتروني، مصادر هذا القانون إلى مصادر ذات منشأ تنظيمي ومصادر ذات منشأ عرفي أو تلقائي[1]. كما يقسمها البعض إلى مصادر داخلية ومصادر خارجية.

أ- ممارسات التجارة الدولية

ممارسات التجارة الدولية هي مجموعة القواعد الدولية المستمدة من تطبيقات التجارة الدولية والمبادئ العامة التي استقر عليها تحكيم التجارة الدولية. وهي قواد مختلفة عن قواعد الانظمة الداخلية والقانون الدولي العام. ولقد كانت ممارسات التجارة الدولية أساسا لاجتهادات قضائية تبنتها بعد ذلك بعض التشريعات الوطنية[2]. ولقد كان لغرفة التجارة الدولية بباريس دور كبير في تكريس هذه الممارسات. ولهذه الأخيرة أهمية خاصة في المعاملات التجارية، إذ أن الغالبية الساحقة من قواعد التجارة الدولية، وعمليات البنوك نشأت كممارسات أو عادات وأعراف ودرج عليها التجار قبل أن تصبح نصوصا مكتوبة.

[1]- صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 117.

[2]- عصام نجاح، محاضرات عقود التجارة الدولية، محاضرات القيت على طلبة الماستر قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قالمة، سنة 2015.

ثم إن العادة في المجال المصرفي، يقصد بها، مجموعة الحلول التي جرى عليها التعامل واستقر في أذهان المتعاملين أنها ملزمة ما دام لم يستبعدوها[1]. وهي تستمد قوتها الإلزامية من افتراض التراضي بين الأطراف على تطبيقها، فيجوز لهما استبعادها بالنص الصريح في العقد، فإن لم يفعلوا لزمهم حكمها لأنه يعتبر داخلا في تعاقدهم. وبهذا فالعادة في المجل المصرفي تقترب من معنى العرف في التجارة الدولية، ومن هنا فإننا نتحدث عن ممارسات التجارة الدولية.

إذن تتمثل الميزة الأساسية لقانون التجارة الدولية، أنه ذي نشأة عرفية، أي أن قواعده تكونت في الأصل من مجموعة من الأعراف والعادات التي تواترت طوائف التجار على إتباعها. بعيدا عن تدخل السلطات الرسمية لكل جماعة على حده. وبالتالي فهي تشكل المصدر الأول والأساسي لقانون التجارة الدولية[2].

كما يعتبر القضاء العادات والأعراف بمثابة نظام قانوني خاص يستمد منه قانون التجارة الدولية قواعده. ولقد وضحت أحكام محكمة استئناف باريس أكثر من مرة، بأن العادات وأعراف التجارة الدولية في شأن تجارة معينة (قضية الحال بيع وشراء البصل)، تعد أحكاما قانونية يجب تطبيقها على النزاع، من غير حاجة إلى اتفاق الأطراف على ذلك، وأن هذه القواعد يفترض العلم بها من جانب المهنيين ويمتنع عليهم الاعتذار بجهلها[3].

أما في ميدان التجارة الالكترونية، فلقد ساهم المتعاملون في هذا الميدان في إرساء القواعد الموضوعية للقانون الالكتروني وذلك بطريقة تلقائية، ولعل من أهم هذه الأعراف ما استقرت عليه الممارسات في الفضاء الرقمي، كالأعراف السائدة في مجال الدعاية والإعلان وفي مجال حماية الحياة الخاصة وفي مجال حماية المستهلكين وفي مجال الحفاظ على حقوق الملكية الفكرية.

غير أنه بالنظر لحداثة ظهور الانترنت ووسائل وأجهزة الاتصال الالكترونية، التي لا يتجاوز عمرها عموما 40 سنة، تبقى مسألة استقرار الأعراف والعادات في ميدان التجارة الالكترونية محل جدل، وذلك حتى تكتسي هذه الأعراف الالكترونية، عنصري التكرار والشعور بالإلزام، ومن ثم تصبح قطعا مصدرا من مصادر القواعد الموضوعية للقانون الالكتروني.

ب- الاتفاقيات والتوصيات والمذكرات الدولية والإقليمية

تساهم الاتفاقيات الدولية في توحيد القواعد الموضوعية في إطار قانون نموذجي واحد في مجال الكتروني محدد، وذلك من خلال تجميع مختلف بنوده وصياغة مختلف مواده عن طريق مختلف الهيئات

[1]- علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 19.
[2]- محمد أحمد علي المحاسنة، مرجع سابق، ص179
[3]- نقلا عن عمر سعد الله، مرجع سابق، ص87.

والمنظمات الدولية والإقليمية المهتمة بالتجارة الدولية والانترنت وبالقانون الالكتروني. كما تعتبر هذه الاتفاقيات بين الدول الموقعة عليها حل عملي لكثير من المشكلات العملية والواقعية على الانترنت.

ومن الاتفاقيات الدولية في مجال التجارة الدولية نذكر اتفاقية فيينا للبيوع الدولية للبضائع لسنة 1980 التي صدرت قبل ظهور العقود الإلكترونية في مجال التجارة الدولية. ثم صدرت اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية لسنة 2007، واتفاقية روما الخاصة بالالتزامات التعاقدية لسنة 1980، واتفاقية روما1 المتضمنة القانون المطبق على الالتزامات التعاقدية لسنة 2008، والتي جاءت متكيفة مع الفضاء الالكتروني. وأيضا التنظيم الأوروبي المتعلق بالاختصاص القضائي، والاعتراف بالأحكام وتنفيذها في المسائل المدنية والتجارية لسنة 2001. وكذا اتفاقية روما2 لسنة 2007 الصادرة بالتنظيم الأوروبي 2007/864، المتعلقة بالقانون المطبق على الالتزامات غير التعاقدية.

ونظرا لقلة الاتفاقيات ذات الصلة، بسبب حداثة المجال الالكتروني والانترنت، بذلت كثير من اللجان والهيئات الدولية مجهودات كبيرة على المستوى الدولي والإقليمي بغية تنظيم الروابط المتعلقة بالتجارة الالكترونية.

من جانبها جامعة الدول العربية أصدرت العديد من الوثائق والقوانين الإسترشادية المتعلقة بالأنترنت والتجارة الالكترونية منها، القانون العربي الإسترشادي للمعاملات والتجارة الالكترونية لسنة 2009، والقانون العربي الإسترشادي للإثبات بالتقنيات الحديثة لسنة 2008.

ومن الوثائق التي أصدرتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في مجال التجارة الالكترونية والمعاملات المالية الالكترونية نجد الدليل القانون بشأن التحولات الالكترونية للأموال لسنة 1987.

ومن القوانين النموذجية التي أصدرتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال)، والتي تناولنا أو أشرنا إلى الكثير منها في هذه الأطروحة، نجد القانون النموذجي للتجارة الالكترونية لسنة 1996، القانون النموذجي للتوقيع الالكتروني لسنة 2001، القانون النموذجي للتوفيق التجاري لسنة 2002، القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 القانون النموذجي للتحويلات الدائنة الدولية لسنة 2014،

ومن وثائق لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي التي صدرا حديثا نجد قانون الأونسيترال بشأن السجلات الالكترونية القابلة للتحويل لسنة 2017. وملاحظات الأونسيترال التقنية بشأن تسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر لسنة 2017[1].

وتجدر الإشارة إلى أن الاتحاد الأوروبي يعد من أهم الهيئات الإقليمية التي عملت على تنظيم وضبط وصياغة مختلف المعاملات في المجال الالكتروني، وبذلك يكون له الدور الفعال في إرساء معالم القانون التجاري الالكتروني، ومختلف قواعده الموضوعية.

ورغم وجود الكثير من الاتفاقيات والقوانين النموذجية والوثائق والتوجيهات، التي ذكرنا بعضها سابقا، ورغم المجهودات الكبيرة المبذولة في هذا الميدان، إلا أنها في حقيقة الأمر تتجرد من الكثير من الفاعلية أمام عدم اعتراف المشرع الوطني بها، وإقراره لهذه القواعد وتصديقه على هذه المعاهدات. وهنا تبدو أهمية تعاون المجتمع الدولي في إقرار معاهدة دولية شاملة تتضمن الاعتراف بهذه القواعد وإقرارها في إطار قانون مناسب لطبيعة التجارة الالكترونية بمفهومها الواسع ككل[2].

ج- الاجتهادات التحكيمية

تسعى الاجتهادات التحكيمية إلى إيجاد الحلول للمنازعة التجارية، بما يتلاءم مع طبيعة عقود التجارة الدولية، عن طريق إرساء بعض القواعد القانونية الموضوعية التي لا نظير لها في الأنظمة القانونية المقارنة. فهي تمنح سلطتها للممارسات والعادات التجارية المتبعة في الأوساط المهنية، وتساعد على تطبيق مضمونها على النزاع، بل وتساهم في خلق عادات جديدة عن طريق تكرار الحلول للمنازعات التجارية المتشابهة، ومن ثم تخلق السوابق القضائية التحكيمية.

---

[1]- ومن وثائق المجموعة الأوروبية المنظمة للمعاملات الالكترونية عموما والمنظمة للخدمات المالية الالكترونية، والتي ذكرنا الكثير منها في معرض هذه الدراسة، نذكر:

La Directive 2000/31 du commerce électronique, la directive 2002/58 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électronique. La directive 2002/65 concernant la commercialisation à distance des services financiers auprès des= =consommateurs. La directive 2007/64 concernant les services de paiement dans le marché intérieur, modifiée par la directive 2015/2366.

La directive 2008/52 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale. La directive 2013/11 relative au règlement extrajudiciaire des litiges des consommateurs, modifiant le règlement 2006/2004 et la directive 2009/22. Et plusieurs recommandations, à savoir, la recommandation 98/257 concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges des consommateurs. La recommandation 2001/310 relatives aux principes applicables aux organes extrajudiciaires chargés de la résolution consensuelle des litiges de consommation. et le règlement 524/2013 relatif au règlement en ligne des litiges de consommation.

[2]- محمد أحمد علي المحاسنة، مرجع سابق، ص190.

ويساعد التحكيم على إيجاد قواعد تحكيمية جديدة في حل النزاع بين الأطراف، حال اتفاق هذه الأطراف على القواعد القانونية الموضوعية واجبة التطبيق[1]، والتمتع بسلطة البحث عن حل عادل ومنصف يلائم طبيعة النزاع التجاري الدولي. بل إن سلطة المحكم في استبعاد اللجوء إلى القانون الداخلي وتطبيق القواعد الموضوعية للقانون التجاري تجد أساسها في بعض القوانين الداخلية لهذه الدول. وبعض النصوص المستمدة من المعاهدات والاتفاقيات الدولية[2].

وقد جاء في حكم صدر من قضاء التحكيم الالكتروني، في قضية "Tierney and Email America". وتتلخص وقائع القضية[3] في أن"Tierney G.E"رفع دعوى ضد شركة "AOL" التي قامت بعرض إعلان عن طريق Email America، واعتبر المدعي أن هذا الإعلان مضلل ويشجع على التعدي على الحياة الخاصة. وبناء عليه طلب المحكم من شركة AOL سحب هذا الإعلان. فهذا الحكم يشير إلى وجود قواعد موضوعية داخل مجتمع الانترنت تمنع الإعلانات المضللة وغير المشروعة، كما يشير هذا الحكم أيضا إلى وجود مصالح مشتركة داخل مجتمع الانترنت.

د- المبادئ العامة للقانون وقواعد العدل والإنصاف

يقصد بالمبادئ العامة للقانون، مجموعة المبادئ والقواعد المشتركة المتعارف عليها والسائدة في كل النظم القانونية[4]. وقد تم النص على هذا المصدر لأول مرة في المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدائمة، ثم تكرر نفس المصطلح في النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية. وتبين الأعمال التحضيرية لهذه المادة أن إضافة هذا المصدر لم يهدف إلى اعتباره بديلا للمصادر الاتفاقية أو العرفية للقانون الدولي، وإنما القصد منه تزويد المصادر الأخرى لهذا القانون بضمان احتياطي ضد ما قد يعتري المحكمة من ثغرات أثناء التطبيق[5].

واختلف الفقه بين من اعتبر المبادئ العامة مصدرا للقانون الداخلي فقط، وبين من يعتبرها مصدرا للقانون الداخلي للدول والقانون الدولي معا[6].وبعيدا عن هذا الجدل الفقهي[7]، فإن هذه المبادئ يجري تطبيقها أمام قضاء التحكيم التجاري الدولي في مجتمع المهنيين من تجار ورجال الأعمال. من

---

[1]- تنص المادة 45 من قواعد التحكيم للغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة على:
للأطراف حرية اختيار القواعد الواجب على المحكمة تطبيقها في موضوع النزاع. وعند غياب هذا الخيار، تطبق المحكمة القواعد القانونية التي تراها ملائمة. نفصل محكمة التحكيم وديا أو وفقا لمبادئ العدل و الانصاف، إذا منحها الأطراف السلطة في ذلك".

[2]- محمد أحمد علي المحاسنة، مرجع سابق، ص192..

[3]- نقلا عن صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 181.

[4]- عمر سعد الله، مرجع سابق، ص 93.

[5]- المرجع نفسه، ص 93.

[6]- نصت المادة الأولى فقرة 2 من القانون المدني على:
وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشرية الاسلامية، فإذا لم يوجب فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

[7]- محمد أحمد علي المحاسنة، مرجع سابق، ص 201.

هذه المبادئ نذكر على سبيل المثال، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ومبدأ تنفيذ العقود بحسن نية، والقوة القاهرة، ومبدأ عدم التعسف في استعمال الحق، ومبدأ أنه لا يجوز للشخص أن يصطنع دليلا لنفسه، وغيرها من المبادئ التي تعتبر مصدرا للقانون التجاري الدولي.

أما قواعد العدل والإنصاف، فكثير ما تعبر عن العدل الطبيعي والشرعي، وذلك لأن الإنصاف يوجب الحكم على الخلافات التجارية بحسب روح القانون الطبيعي، أما العدل فيوجب الحكم عليها بحسب النص القانوني[1].

وعليه فقواعد العدل والإنصاف، كمصدر احتياطي من مصادر القانون التجاري الدولي، هي مجموعة الأفكار والمفاهيم التي تسود الأوساط التجارية، وتستقر في ضمائر أفرادها عما هو حق وعدل ويجري قضاء التحكيم التجاري الدولي على تطبيقها2. وفي هذا نصت الفقرة الأخيرة من المادة 45 من قواعد التحكيم للغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة على "تفصل محكمة التحكيم وديا أو وفقا لمبادئ العدل و الإنصاف، إذا منحها الأطراف السلطة في ذلك".

غير أنه ما يجب الإشارة إليه أن كل هذه المصادر التي ذكرها المؤيدون لفكرة القانون التجاري الدولي الالكتروني، هي نفسها مصادر القانون التجاري الدولي. إذن فماهي خصوصية هذا القانون الالكتروني؟ فماهي مبادئ القانون في الجانب الالكتروني، وماهي الأعراف والممارسات التي وجدت فعلا في البيئة الالكترونية والتي تختلف فعلا عن البيئة الطبيعية؟ الحقيقة أننا لم نجد فعلا مصادر خاصة للقانون الالكتروني، غير السابقة الذكر والتي هي في الأصل مصادر القانون التجاري الدولي، والتي حاول البعض إسقاطها على ما يسمى بالقانون الالكتروني، ومن ثم القول بأن هناك مصادر لهذه القواعد القانونية الموضوعية الالكترونية. هذا ما يدعونا إلى تقييم، مدى قدرة وإمكانية هذه القواعد الموضوعية الالكترونية لحل النزاعات الناشئة عن عقود العمليات المصرفية الالكترونية.

ثالثا– تقييم تطبيق القواعد الموضوعية للتجارة الالكترونية على العقود المصرفية الالكترونية

اختلف الفقه في مدى قدرة القواعد الموضوعية للتجارة الالكترونية على تنظيم التجارة الالكترونية، بما فيها العمليات المصرفية الالكترونية، ومن ثم قدرتها على حل المنازعات الناشئة في هذه البيئة الالكترونية. ويرجع سبب هذا الخلاف إلى الاختلاف حول فكرة مدى تكوين هذه القواعد الموضوعية لنظام قانوني عام[3]، بالمعنى الدقيق لهذا المصطلح.

---

[1]- عمر سعد الله، مرجع سابق. ص 95.

[2]- محمد أحمد علي المحاسنة، مرجع سابق، ص 202..

[3]- عرف الاستاذ RIGAUX. F النظام القانوني على أنه: "مجموعة متناسقة من القواعد التي يأتي من مصادر مترابطة على نحو تدريجي، وتستلهم نفس المجموعة من المبادئ، ونفس الرؤية للحياة وللعلاقات داخل الوحدة الاجتماعية التي يجب أن تحكمها". هذا التعريف ينظر إلى النظام القانوني على أنه مجموعة من القواعد القانونية، لكن هناك من ينظر إليه على أنه هيكل وتنظيم ومنهم الاستاذ، GUY ROCHER، الذي يرى أن

أ- الرأي المنكر لوجود قانون الكتروني

ذهب جانب من الفقه إلى القول بأنه لا يمكن الادعاء بوجود قانون للتجارة الالكترونية يغطي كل جوانب النشاط الذي يتعين أن يحكمه، فمن السابق لأوانه إعطاء أية دلائل ذات قيمة تحدد نطاق ووجود هذا القانون. فهذا الأخير لا يزال في بدايته، ومن ثم من الصعب القول بأن قواعده تشكل نظاما قانونيا مستقلا وقادرا على تقديم حلولا لكافة المشكلات التي يمكن أن تثور في مجال التجارة الإلكترونية.

ويرى المنكرون لوجود قواعد قانونية موضوعية للتجارة الالكترونية، أن هذه القواعد لا ترقى لوصف نظام قانوني خاص للقانون الدولي الالكتروني، هذا من ناحية المجتمع الذي ينظمه هذا القانون، أومن ناحية القواعد التي يتضمنها أو من ناحية المصادر التي يعتمد عليها[1].

فمن ناحية المجتمع الذي ينظمه القانون الالكتروني، يرى أصحاب الاتجاه الرافض لوجود هذا القانون الالكتروني، أنه لا يمكن الجزم بوجود مجتمع منظم متماسك يجمع كل المتعاملين في التجارة الالكترونية، وقادرا على خلق نظام قانوني خاص بها. فهو مجتمع غير متماسك وغير متجانس، تتعارض مصالح أشخاصه، مما يؤدي بالضرورة إلى نفي وجود نظام قانوني خاص به. كما أن الدول غير متعاونة في هذا الشأن، و ليس لديها الاستعداد الكافي لترك المنازعات التي يكون مواطنوها أطرافا فيها كي يحكمها هذا القانون، وذلك لاختلاف مصالحها السياسية والاقتصادية[2].

فإذا كانت شبكة الانترنت هي أحدى مظاهر العولمة التي تعمل على إلغاء الحدود بين الدول لخلق قرية صغيرة، فإن ذلك لا يعني تراجع دور القوانين الوطنية الناتجة عن إعمال منهج تنازع القوانين، وأنها أصبحت غير قادرة على تنظيم مشكلات العالم الافتراضي.

أما من ناحية القواعد التي يتضمنها هذا القانون، فيرى الاتجاه المنكر لوجود قانون الكتروني، أن قواعد القانون الموضوعي عبارة عن مجموعة من قواعد السلوك المجردة في نشأتها و في مضمونها، ولا

التنظيم القانوني يتحقق بوجود أجهزة أو هياكل قانونية داخل الوحدة الاجتماعية تتولى مهمة وضع القوانين الجديدة وصياغتها، كما تتولى تنقية القواعد الموجودة وتسهر على احترامها.
وقد وضع الاستاذ HENRY PERRITT ثلاثة شروط للنظام القانوني هي: إصدار القوانين، وفرض الانضباط عن طريق القضاء، وقوة تنفيذية لأحكام القضاء.
واعتبارا من أن مصطلح النظام القانوني يمكن أن يكون ترجمة لمصطلحي Système juridique أو Ordre juridique، إلا أنه يمكن القول أن النظام القانوني يقصد به القواعد التي تفرض على الجماعة من قبل المشرع، كما يمكن أن يقصد به الهيك و التنظيم، دون الحاجة إلى قواعد موضوعية مفروضة من المشرع. وعليه يمكن القول أن النظام القانوني يتكون من هيكل و تنظيم، كما يشمل أيضا القواعد التي تطبق داخل هذا التنظيم. للتفضل أكثر في مفهوم النظام القانوني، راجع صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص 196 وما بعدها.

[1]- محمد أحمد على المحاسنة، مرجع سابق، ص 204.

[2]- محمد حسين صالح طليان، مرجع سابق، ص750.

يتوافر فيها عنصر الاعتقاد والإلزام الذي يجعلها عرفا واجب الاحترام، وبالتالي فإن قواعد هذا القانون لا تكسبه الصفة الآمرة[1].

فقواعد هذا القانون هي عبارة عن قواعد مكملة لا تشكل نظاما قانونيا كاملا ومستقلا، ويتم تطبيقها بإرادة الأطراف وفي مجتمع التجار ورجال الأعمال، كالعقود النموذجية والشروط العامة، وبالتالي لا وجود لقواعد آمرة خاصة بالتجارة الالكترونية في ظل مجتمع متنافر ومتنافس ينقصه التنظيم الحقيقي الذي يعطيه الوحدة.

كما أن هذه القواعد لا تنطوي على قيمة قانونية ذاتية، بل تستمد سلطانها من اندماجها في العقد، وأن تطبيقها يتوقف على إرادة الأطراف، وبالتالي فهي شروط عقدية وليست قواعد قانونية[2].

ويعاب على القواعد القانونية الموضوعية للقانون الالكتروني، أنها تعطي سلطة تقديرية كبيرة وواسعة جدا للقاضي أو المحكم الذي يفصل في المنازعة الالكترونية، وهذا تقدير شخصي يخضع لانطباعاته وقناعاته الذاتية التي قد لا تتفق مع نص القانون. ومن ثم فإن الحكم المؤسس على هذه القواعد يأتي في معظم الأحيان حكما انطباعيا، قد يؤدي إلى حرمان المتعاقدين من الأمان القانوني المنشود[3]، ويخل بتوقعاتهم المشروعة، التي تعتبر أحدى الأهداف التي يسعى إلى بلوغها القانون الدولي الخاص.

أما من ناحية مصدر القواعد القانونية الموضوعية الالكترونية، فيرى الاتجاه الفقهي الذي ينكر قدرة هذه القواعد على حل المنازعات الناشئة في البيئة الالكترونية، أن هذه المصادر غير كافية لإضفاء صفة النظام القانوني على هذه القواعد الموضوعية، وذلك لأن هذا القانون لا يمكن أن يشمل مختلف فروع القانون الكثيرة، مثل القانون التجاري وقانون البنوك وقانون المستهلك وغيرها. فلا يمكن جمع كل فروع القانون المختلفة في قانون واحد يسمى القانون الالكتروني بمجرد أن هذه القواعد تطبق على البيئة الالكترونية. كما أن اعتماد هذا القانون على الاتفاقيات الدولية والعقود النموذجية لمختلف الهيئات الدولية، لا يكون كافيا لخلق قواعد قانونية في غياب قواعد القانون الداخلي للدول، لأن هذه القواعد في نهاية المطاف ستطبق على مواطنين ينتمون لدولة معينة، ولا يعيشون في الفضاء الافتراضي[4].

---

[1]- نقلا عن صالح المنزلاوي مرجع سابق، ص 190

[2]- حابت أمال، مرجع سابق، ص 516.

[3]- محمد أحمد علي المحاسنة، مرجع سابق، ص 206.

[4]- صالح المنزلاوي مرجع سابق، ص 192.

ب- الرأي المؤيد لوجود قانون الالكتروني

ذهب جانب آخر من الفقه إلى القول بأن القواعد الموضوعية التي تنظم العمليات الالكترونية عبر الانترنت، هي قواعد قانونية قادرة على تكوين نظام قانوني معادل للنظام القانوني الذي تضعه الدولة، بغية تنظيم الروابط القانونية بين أفرادها[1]، ومن ثم فهي قادرة على حل المنازعات التي تنشأ في البيئة الالكترونية ومنها منازعات الخدمات والعمليات المصرفية الالكترونية. وحاول هذا الاتجاه الرد على كل الانتقادات التي وجهها أصحاب الرأي المنكر لوجود هذه القواعد الالكترونية ومدى تشكيلها لنظام عام.

وحتى لا نغرق في هذا الجدل الفقهي بين المؤيدين والرافضين، نوجز بعض الحجج التي يرد بها المؤيدون لفكرة القواعد الموضوعية للقانون الالكتروني، على المعارضين لها.

يرى الفريق المؤيد لفكرة وجود القانون القانونية الموضوعية للقانون الالكتروني، أنه من ناحية المجتمع المنظم، أن الفقه الحديث لم يعد يستلزم وجود الدولة كشرط لنشأة النظام القانوني[2]، مادام أننا في مجتمع متميز متماسك ومنظم، كما أن ذلك يصدق على مجتمع البائعين والمشترين من التجار ورجال الأعمال المتعاملين عبر الحدود. فهم يشعرون بضرورة الالتزام بالقواعد التي تعارفوا عليها حتى يمكن لهم القيام بمصالحهم وإدارة شؤونهم المشتركة. كما أن تعارض المصالح السياسية والاقتصادية للدول، لا ينفي وجود المصالح المشتركة للتجار والمستهلكين المتعاملين في هذا الفضاء الالكتروني.

ويرى أنصار القواعد الموضوعية للقانون الالكتروني ضرورة الاعتراف لجماعة الانترنت بالقدرة على خلق القواعد السلوكية التي تحكم معاملاتهم، فهذه القواعد لها قيمة قانونية ملزمة تمكنها من حسم النزاعات التي تنشأ في هذه البيئة. وينطبق على هذا القول مجمل القوانين النموذجية التي أصدرتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي وغرفة التجارة الدولية لباريس، وغيرها من الهيئات العالمية. فالقواعد الصادرة عن هذه الهيئات تحقق الأمان القانوني للمتعاملين عبر شبكة الانترنت[3].

ومنه يرى أصحاب هذا الاتجاه، أن القواعد الموضوعية للتجارة الالكترونية اجتمعت لها العناصر اللازمة لتكون نظام قانوني مستقل ومتميز وهي:

- وجود مجتمع متجانس من المتعاملين في مجال التجارة الالكترونية،

[1]- صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 195.
[2]- محمد أحمد علي المحاسنة، مرجع سابق، ص208.
[3]- صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 206.

- وجود كيانات وأجهزة تتولى مهمة تنفيذ القواعد السلوكية وصياغتها والسهر على احترامها[1]، عن طريق التفاوض أو الوساطة التحكيم الالكتروني، على مستوى الهيئات الدولية على غرار لجان الاتحاد الأوروبي وغرفة التجارة الدولية وغيرهما.
- أنها لا تفتقر إلى الجزاء الذي يوقع على المخالفين لهذه القواعد، بعيدا عن سلطة الدولة، الأمر الذي ترتب عليه أن صرح جانب من الفقه أنه حان الوقت لإعلان استقلال هذا المجتمع الشبكي عن أي تدخل أو رقابة من قبل الدولة.

وهكذا يمكننا القول أن القواعد الموضوعية للقانون الالكتروني التي ساقها لنا المؤيدون لها على أنها بديل لقواعد منهج التنازع في القانون الدولي الخاص، وأنها قادرة على تنظيم العقود الالكترونية على شبكة الانترنت، ومن ثم حل المنازعات التجارية والمالية الناشئة في هذه البيئة، ليس بمقدورها وحدها التصدي لهذا العمل، دون الدعم من هذا المنهج التقليدي. هذا ما يدعونا لمواصلة البحث عن طرق حل منازعات العمليات والخدمات المصرفية الالكترونية، من خلال الطرق البديلة عن القضاء، سواء باستعمال هذه الطرق البديلة بطريقة تقليدية، أو بطريقة الكترونية.

[1]- نتولى لاحقا دراسة الفصل في نزاع العمليات المصرفية الالكترونية عن طريق هيئات التحكيم و الوساطة الدولية.

المبحث الثاني

تسوية منازعات العمليات المصرفية الالكترونية بالطرق البديلة

تتم العمليات المصرفية الالكترونية بين الزبون والبنك أو بين الزبائن أنفسهم، مستهلكين كانوا أو مهنيين، بطريقة الكترونية وعن بعد، بدون الحضور المادي للأشخاص للوكالة البنكية للقيام بالعملية المصرفية أو الخدمة البنكية. كما أن العقود المصرفية المبرمة بين مختلف الأطراف، موضوع هذه العمليات، تبرم بطريقة الكترونية وبدون الحضور الفعلي لمجلس العقد، من خلال التبادل الالكتروني للمستندات، كما بينا ذلك سابقا. هذه الخصوصية في إبرام عقود العمليات المصرفية الالكترونية وفي تنفيذها تدعونا للبحث عن النظام القانوني المناسب لحل أو تسوية المنازعات التي يمكن أن تنشأ عن تنفيذها.

تنعقد ولاية الفصل في المنازعات بصفة عامة للسلطة القضائية في الدولة كأصل عام، مشكلة من المحاكم والمجالس القضائية بمختلف درجاتها واختصاصاتها وتقسيماتها، حيث يفصل في المنازعة قضاة مختصون، مطبقين في ذلك قانون الدولة في شقه الشكلي المتعلق بإجراءات ومستويات التقاضي، أو في شقه الموضوعي والمتعلق بتسبيب الحكم الصادر في المنازعة.

تعتبر الطرق البديلة لحل النزاعات انسب وسيلة لفض المنازعات في الوقت الحالي، خاصة في المجال التجاري والاقتصادي، وفي التجارة الدولية وكذا القطاع المصرفي. ولهذا تحاول البنوك بطبيعتها تجنب الدخول في نزاع مع مستهلك أو مع مهني بقدر الامكان، كما أن القانون المصرفي والاجتهاد القضائي يشجعها على ذلك، ومن ذلك تعتمد البنوك تقنيات تجنب النزاعات والتي منها الاستعلام المسبق عن الزبون وحسن التفاوض. لكن مع هذه قد تصل الأمور إلى ضرورة تدخل طرف ثالث للمساعدة في الفصل في النزاع، وهنا أيضا تفضل معظم الأطراف، وتشجع القوانين الحديثة المستهلك خاصة على اللجوء إلى الطرق البديلة لحل النزاعات[1].

ونظرا للأهمية الكبيرة التي تلعبها الطرق البديلة في تسوية النزعات، تم اعتماد وتنظيم هذه الطرق من طرف مختلف القوانين والتشريعات الداخلية للدول، كما تم تنظيمها أيضا من طرف مختلف الهيئات والمنظمات الدولية المهتمة بالتجارة الدولية، على غرار لجنة الأمم المتحدة للتجارة الدولية "الأونسيترال" ومنظمة التجارة العالمية، وغرفة التجارة الدولية بباريس. كما قامت هذه الهيئات باقتراح مجموعة من القوانين النموذجية الدولية لكل طريقة من هذه الطرق، واهتمت هذه الهيئات الدولية خاصة بتنظيم

[1]- Eric Nemadeu DJUITCHOKO, Le traitement du contentieux bancaire, Thèse de Doctorat en droit privé, Université SAINT-ETIENE, Année 2006 , P 180.

الوساطة والتحكيم[1]. كما قامت غرفة التجارة الدولية بإصدار القانون الأساسي والنظام الداخلي لمحكمة التحكيم الدولية الخاصة بها.

من جهتها الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة، قامت عن طريق مركز المصالحة والوساطة والتحكيم، التابع لها بإصدار قواعد التحكيم الخاصة بالمركز [2] ، وهي سارية المفعول ابتداء من 07 جانفي 2014.

من جهته أيضا المشرع الجزائري نظم الطرق البديلة لحل النزاعات بموجب الكتاب الخامس من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 في المواد من 990 إلى 1061. حيث نظم الصلح والوساطة في الباب الأول، ونظم التحكيم في الباب الثاني من نفس الكتاب.

غير أن تطبيق الطرق البديلة الواردة بمجمل القوانين السابقة الذكر، والتي جاءت لحل النزاعات الناتجة عن تنفيذ عقود تقليدية ورقية، على العقود المبرمة بطريقة الكترونية في عقود التجارة الالكترونية خصوصا وفي عقود العمليات المصرفية الالكترونية بصفة أخص، يثير مجموعة كبيرة من الإشكالات، تتعلق أساسا بطبيعة العقد المصرفي الالكتروني، ومكان إبرامه ومكان تنفيذه وجنسية ومكان إقامة أطرافه والقانون الواجب التطبيق، هذا إضافة إلى موضوع العقد المصرفي الالكتروني والذي يكون عادة سحب أو دفع أو تحويل أموال داخل أو خارج البلاد.

وعليه يمكن التساؤل عن مدى استيعاب الطرق البديلة لتسوية النزاعات، وقدرتها على تسوية النزاعات الناتجة عن عقود العمليات المصرفية الالكترونية، أو بمناسبة تنفيذها؟ أو بصيغة أخرى، ما مدى إمكانية إخضاع الطرق البديلة لحل النزاعات على غرار الصلح الوساطة والتحكيم، للوسيلة الالكترونية؟.

نتناول الحديث عن تسوية منازعات العمليات المصرفية الالكترونية بالطرق البديلة من خلال التطرق لتسوية المنازعات المصرفية بالطرق البديلة في مطلب أول، ثم نتناول ضرورة تكييف هذه الطرق البديلة لحل المنازعات لتواكب الخدمات والعمليات المصرفية المنجزة الكترونيا، في مطلب ثان.

---

[1]- انظر في ذلك قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985، والذي تم تعديله سنة 2006، و كذا قانون الأونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي لسنة 2002، وكذا نظام التحكيم الصادر عن غرفة التجارة الدولية لسنة 2012 ، المعدل سنة 2017، ، ونظام لسنة 2014، الصادر عن نفس الهيئة.

[2]- قواعد التحكيم الخاصة بالغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة، موجودة على موقع المركز على العنوان:
https://www.caci.dz/ar/Arbitrage/Pr

المطلب الأول

تسوية المنازعات المصرفية بالطرق البديلة في القانون الجزائري

الطرق أو الوسائل البديلة لحل النزاعات، هي تلك الآليات التي يلجأ إليها الأطراف عوضا عن القضاء، عند نشوء خلاف بينهم، بغية التوصل لحل ذلك الخلاف. وانطلاقا من هذا المعنى يخرج التقاضي عن إطار هذا التعريف، فهو لا يعد طريقة بديلة لحل النزاعات، انما هو طريق أصيل، فالأصل هو اللجوء إلى القضاء عند حدوث نزاع[1].

ونظرا للانتشار الكبير للطرق البديلة لحل النزعات في السنوات الأخيرة، وكثرة لجوء المتنازعين إليها، فقد أدى بالبعض إلى اعتبار هذه الطرق، وسائل وطرقا أصيلة وليست بديلة، خاصة وأن كثيرا من التشريعات الدولية أصبحت تشجع لجوء المتقاضين اليها قبل اللجوء الى القضاء[2]، وذلك نظرا للمزايا الكثيرة التي تتميز بها هذه الطرق في حسم النزاع، على غرار السرعة والسرية وقلة التكاليف والمرونة.

نظرا لهذه المميزات، وغيرها، التي تميز الطرق البديلة لحل النزاعات، فلقد أصبحت الطرق المفضلة لحل أنواع كثيرة من المنازعات، على غرار منازعات التجارة الدولية، منازعات حماية المستهلك، منازعات المكية الفكرية، منازعات العقود الالكترونية والمنازعات الناشئة في البيئة الالكترونية والرقمية عموما ومنازعات التجارة الالكترونية خصوصا. فالوسائل البديلة تعتبر آليات تتناسب وطبيعة المنازعة الاقتصادية، لأنها ذات خصوصية تستجيب لطبيعة هذه المنازعة[3].

نشير إلى أن غالبية المنازعات التي يجري العمل على حلها بالطرق البديلة من غير التحكيم، (المفاوضات، الصلح، الوساطة)، تكون عموما في العلاقات التعاقدية التي يكون أحد طرفيها مستهلكا، أي بين المستهلكين والمهنيين أو التجار، وقد يكون السبب في ذلك انعدام الاتفاق المسبق بين الطرفين، أو من أجل الوصول السريع لتسوية النزاع. وفي المقابل يكون اللجوء عادة للتحكيم في علاقات العمل بين المهنيين أو التجار أنفسهم، بسبب وجود الاتفاق المسبق على التحكيم عادة، ورغبة المهنيين في استمرار علاقات العمل الودية رغم النزاع، وكذا الخبرة الواسعة للمحكمين التي يود المهنيون الاستفادة منها في حل نزاعاتهم[4].

---

[1]- أحمد أنوار ناجي، **"مدى فعالية الوسائل البديلة لحل المنازعات وعلاقتها بالقضاء"**، مجلة القانون و الأعمال الدولية، جامعة الحسن، على الرابط https://www.droitetentreprise.com

[2]- المرجع نفسه.

[3]- فطيمة دفريا لدية، **"الوسائل البديلة لتسوية المنازعات ذات الطابع الاقتصادي"**، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و السياسية، عدد7، سنة 2015، ص 287.

[4]- محمد ابراهيم أبو الهيجاء، التحكيم الالكتروني، الوسائل الالكترونية لفض المنازعات-الوساطة و التوفيق-التحكيم- المفاوضات المباشرة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزع، عمان، الاردن، 2009، ص 10.

وإذا كانت الطرق البديلة لحل المنازعات كثيرة ومتنوعة، نظمت القوانين الدولية أو القوانين الداخلية للدول الكثير منها، كما تناول الفقه الكثير منها أيضا بالشرح والتفصيل والتقعيد، فإننا سنقتصر في هذه الدراسة على الطرق الثلاثة الأساسية التي ذكرها المشرع الجزائري، وهي الصلح والوساطة والتحكيم. وعلى هذا سنتناول كلا من الصلح والوساطة في منازعات العمليات المصرفية الالكترونية في فرع أول، على أن نتناول دور التحكيم في حل هذه المنازعات في الفرع الثاني.

الفرع الأول

الصلح والوساطة في منازعات العمليات المصرفية

نتناول في هذا الفرع مفهوم الصلح والوساطة كطريقين من الطرق البديلة لحل المنازعات، اعتمدهما المشرع الجزائري بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أولا، ثم نتناول مدى امكانية تطبيهما في المنازعات المصرفية الالكترونية، ثانيا.

أولا- الصلح في منازعات العمليات المصرفية

يتطلب الصلح تضحيات متبادلة بتنازل كل طرف من أطراف النزاع عن جزء من ادعاءاته على وجه التقابل للوصول إلى نقطة توازن يرضون بها، وبهذا لا يشترط في الصلح أن يكون التنازل من الطرفين متساويا أو متعادلا، ومنه فلا محل للادعاء بالغبن في الصلح[1]. وللحديث عن مفهوم الصلح في منازعات العمليات المصرفية، نتناول تعريف الصلح، ثم نتطرف للحديث عن الصلح في منازعات الصرف، كنموذج أو مثال لأهم المنازعات المصرفية.

أ- مفهوم الصلح

عرفت المادة 459 من القانون المدني الصلح على أنه: "عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو محتملا، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه"[2]. وقد جاء هذا التعريف في الفصل الخامس من الباب السابع المنظم للعقود المتعلقة بالملكية، وقصد المشرع بذلك أن التنازل عن الحق بالصلح ينهي النزاع القائم. وقد اعتبرت محاضر الصلح المؤشر عليها من طرف القضاء سندات تنفيذية يمكن التنفيذ بواسطتها جبرا[3].

---

[1]- خيري عبد الله السيد البتانوني، فض المنازعات بالتحكيم الالكتروني عبر وسائل الاتصال الحديثة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص57.

[2]- وهو نفس التعريف الذي جاءت به المادة 2044 القانون المدني الفرنسي:

« La transaction est un contrat par lequel les parties, par des concessions réciproques, terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître ».

[3]- المادة 600، فقرة 08 من القانون المدني، مرجع سابق.

ولقد تم تنظيم الصلح كطريقة من الطرق البديلة لحل النزاعات بموجب قانون الاجراءات المدنية والادارية في المواد من 990 إلى 993. وعليه يجوز للخصوم التصالح تلقائيا أو بسعي من القاضي في جميع مراحل الخصومة[1]، أي أنه إجراء جوازي، ويكون وفي المكان والزمان اللذان يراهما القاضي مناسبين. كما أن محضر الصلح حتى يكون سندا تنفيذيا يجب التوقيع عليه من طرف الخصوم والقاصي وأمين الضبط ويودع بأمانة ضبط الجهة القضائية المختصة[2].

يقسم الفقه الصلح عموما إلى قسمين، صلح ودي أو اتفاقي وصلح قضائي. الصلح الاتفاقي وهو المقصود بالشطر الأول من المادة 990 من قانون الاجراءات المدنية والادارية التي تنص على: "يجوز للخصوم التصالح تلقائيا". هذا النوع من الصلح لا يتدخل فيه القضاء وهو الذي يمكن اعتباره فعلا طريقا بديلا لحل النزاعات، لأنه يتبنى فكرة حل النزاع بعيدا عن أروقة المحاكم، لأن القضاء لا يتدخل في أي من مراحله أو إجراءاته. كما أن الاتفاق الذي يصل إليه الأطراف يقومون بمحض ارادتهم بالالتزام به وتنفيذه، ولا يتطلب تصديق القاضي عليه.

أما الصلح القضائي، فهو المقود بشطر المادة الثاني: "أو بسعي من القاصي"، وهو المنظم بموجب المواد السابقة الذكر من قانون الاجراءات المدنية والادارية وهو الذي يتدخل القضاء في كل مراحله، أو هو الذي يكون تحت سلطة القضاء.

ومن خلال النظر في مختلف مواد القانون المدني، وقانون الاجراءات المدنية والإدارية السابقة الذكر والتي نظمت الصلح، إضافة إلى المواد المتعلقة بالصلح في المنازعات الإدارية[3]، يتضح أن الصلح يمكن أن يكون في المنازعات المدنية أو التجارية أو المنازعات الإدارية، كما يمكن أن يكون استثناء في المنازعات الجزائية[4].

نشير إلى أن قواعد التحكيم الصادرة عن الغرفة الجزائرية للصناعة والتجارة، أجازت للمحكمة التابعة لها، تحويل الخصومة التي تقوم بالفصل فيها بموجب قواعد التحكيم، إلى صلح بين الأطراف[5]، وفي حالة قبول الأطراف لاتفاق الصلح المقترح من المحكمة، يتم التوقيع عليه من طرف الرئيس والأطراف، وتوقف عندها الخصومة.

[1]- حسب نص المادة 990، قانون الاجراءات المدنية و الادارية.
[2]- المادتين 992 و 993، قانون الاجراءات المدنية و الادارية.
[3]- المواد من 970 إلى 974 في الفصل الأول تحت عنوان التحكيم، من الباب الخامس، تحت عنوان في الصلح و التحكيم.
[4]- فطيمة دفريا لدية، مرجع سابق، ص 295.
[5]- تنص المادة 44 من قواعد الصلح على: "يجوز للمحكمة أثناء سير الخصومة أن تصلح بين الأطراف. يوقع محضر الصلح من قبل الرئيس والاطراف، تقوم المحكمة بإقفال الخصومة".

ب- الصلح في منازعات الصرف

إن إجازة الصلح في منازعات جريمة الصرف، حسب نص المادة 09 من الأمر 96-22 المتعلق بقمع مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال من و إلى الخارج[1]، يعد وسيلة أو طريقة استثنائية في المسائل الجزائية. حيث أجمعت جل التشريعات الجنائية على عدم جواز الصلح في هذه المواد[2]. وقد تبنى المشرع الجزائري الصلح في هذا النوع من الجرائم كونها ذات طبيعة اقتصادية ومالية، وذلك لعجز العقوبة الجزائية على الحد من هذا النوع من الجرائم. تنص الفقرة 02 من المادة 09 من الأمر 96-22 على: "يمكن الوزير المكلف بالمالية أو أحد ممثليه المذكورين أعلاه، إجراء المصالحة إذا كانت قيمة محل الجنحة تقل عن عشرين مليون دينار جزائري (20.000.000دج) أو تساويها".

وللحديث عن الصلح كطريقة من الطرق البديلة لحل منازعات الصرف، نتطرق لتحديد مفهوم الصلح في المادة الجزائية، ثم شروط إجراء المصالحة المتعلقة بالصرف، وكذا إجراءاتها وآثارها.

1- المصالحة في المادة الجزائية

يمكن تعريف المصالحة في المادة الجزائية على أنها، عقد رضائي بين طرفين، الجهة الادارية المختصة من ناحية، والمتهم من ناحية أخرى، بموجبه تتنازل الجهة الادارية عن تقديم شكوى للنيابة من أجل المتابعة الجزائية، مقابل دفع المخالف المبلغ المحدد في القانون كتعويص، وتنازله عن المحجوزات[3].

بمقابلة هذا التعريف مع التعريف السابق للصلح الوارد بموجب المادة 459 من القانون المدني، يتضح أن كلا من الصلح والمصالحة يتفقان في أن كليهما طريقة من الطرق البديلة لحل المنازعات، غير أنه في جريمة الصرف فإن المصالحة تحمل معنى الردع حتى وإن كانت تهدف إلى فض النزاع. فجرائم الصرف من الجرائم الماسة بالاقتصاد الوطني، وبالتالي تمس بالحق العام، لذلك من الطبيعي تسليط العقوبة على من يرتكب هذه الجرائم، حتى و لو كانت هذ العقوبة ناتجة عن المصالحة. فإجازة المصالحة في هذا النوع من الجرائم يشكل وسيلة استثنائية لتسويتها[4]. هذا بعكس الصلح في المواد المدنية والتجارية الذي يعتبر حلا وديا لنزاع قائم أو محتمل الوقوع.

---

[1]- أمر 96-22 مؤرخ في 09 جويلية 1996، معدل و متمم، ج ر رقم: 43 بتاريخ 10 جويلية 1996.
[2]- فطيمة دفريا لدية، مرجع سابق، ص 296.
[3]- طارق كرم، **"النظام القانوني للمصالحة في جريمة الصرف"**، مجلة العلوم الانسانية، العدد 39، الجزائر، 2013، ص 399.
[4]- فطيمة دفريا لدية، مرجع سابق، ص 297.

2- شروط المصالحة في منازعات الصرف

من خلال استقراء مختلف المواد المحددة لشروط وإجراءات المصالحة في منازعات الصرف، الواردة بالأمر[1] 10-03 المعدل والمتمم للأمر 96-22، وكذا المرسوم التنفيذي[2] 11-35، المفصل لكيفيات إجراء المصالحة، يمكن تحديد أهم شروط استفادة المخالف في جرائم الصرف من إجراءات المصالحة، وهي[3]:

- أن تكون قيمة الجنحة أقل من 20 مليون دينار جزائري،
- أن لا يسبق للمخالف الاستفادة من إجراءات المصالحة في منازعات المصرف،
- أن لا يكون المخالف في حالة عود،
- أن لا تقترن هذه الجريمة بجريمة تبيض الأموال أو تمويل الارهاب أو الاتجار غير المشروع بالمخدرات أو الفساد أو الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية.
- أن يطلب الخالف إجراء المصالحة خلال أجل 30 يوما ابتداء من تاريخ معاينة المخالفة، وإلا فإنه يتم ارسال الملف من طرف الإدارة إلى وكيل الجمهورية.

3- إجراءات المصالحة المتعلقة بالصرف

أنشأ الأمر 10-03 لجنتين مكلفتين بدراسة طلب المصالحة، الأولى وطنية والثانية محلية، وحدد تشكيلتهما[4]، كما حدد اختصاص كل لجنة حسب قيمة محل الجنة. من جهته المرسوم التنفيذي 11-35 حدد قيمة الكفالة التي يجب على المخالف دفعها قبل تقديم الطلب لأحدى اللجنتين، وتتراوح قيمتها ما بين 200% و450%من قيمة محل الجنحة، إذا كان المخالف شخصا طبيعيا، وبين 450% و 700% إذا كان المخالف شخصا معنويا[5].

يودع طلب إجراء المصالحة مرفوقا بوصل إيداع الكفالة ونسخة من صحيفة السوابق العدلية للمخالف، حسب الحال، لدى رئيس اللجنة الوطنية للمصالحة، إذا كانت قيمة محل الجنحة تفوق 500.000 دج وتقل عن 20.000.000دج، و لدى رئيس اللجنة المحلية إذا كانت قيمة محل الجنحة

---

[1]- أمر رقم 10-03 مؤرخ في 26 أوت 2010، معدل و متمم للأمر 96-22 المؤرخ في 09 جويلية 1996، المتعلق بقمع مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف و حركة رؤوس الاموال من و الى الخارج، ج ر رقم 50 بتاريخ أول سبتمبر 2010.

[2]- مرسوم تنفيذي رقم 11-03 مؤرخ في 29 جانفي 2011، يحدد كيفيات إجراء المصالحة في مجال مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الاموال من و الى الخارج وكذا تنظيم اللجنة الوطنية واللجنة المحلية للمصالحة، ج ر قم 08 بتاريخ 06 فيفري 2011.

[3]- المادة 03 من الأمر 10-03، مرجع سابق.

[4]- نصت المادة 9 مكرر من الأمر 96-22 المعدل و المتم على تشكيلة اللجنة المحلية للمصالحة، و التي تتكون من:
مسؤول الخزينة في الولاية رئيسا، وعضوية كل من ممثل عن إدارة الضرائب لمقر الولاية، ممثل الجمارك في الولاية، ممثل عن المديرية الولائية للتجارة، ممثل بنك الجزائر لمقر الولاية. تتولى مصالح إدارة الخزينة في الولاية أمانة اللجنة.
كما نصت نفس المادة على تشكيلة اللجنة الوطنية للمصالحة والتي تتكون من:
الوزير المكلف بالمالية رئيسا، وعضوية كل من ممثل المديرية العامة للمحاسبة، ممثل المفتشية العامة للمالية، ممثل المديرية العامة للرقابة الاقتصادية وقمع الغش، ممثل بنك الجزائر. تتولى أمانة اللجنة مديرية الوكالة القضائية للخزينة.

[5]- المادة 04 من المرسوم التنفيذي 11-35، مرجع سابق.

أقل من 500.000دج. مع الإشارة أنه لا تحول المصالحة دون تحريك الدعوى العمومية عندما تكون قيمة محل الجريمة 1.000.000دج أو تفوقها في الحالات التي تكون فيها الجريمة ذات علاقة بالتجارة الخارجية، و 500.000دج أو تفوقها في الحالات الأخرى[1].

يتعين على لجنة المصالحة المختصة الفصل في الطلب في أجل أقصاه 60 يوما ابتداء من تاريخ إخطارها، تحرر اللجنة محظرا بقبول أو رفض المصالحة وتبلغ نسخة منه لوكيل الجمهورية المختص في أقرب الآجال، ويبلغ للمعني المخالف قرار قبول المصالحة أو رفضها خلا 15 يوما من تاريخ توقيعه. يشتمل مقرر قبول المصالحة على المبلغ الواجب دفعه من طرف المخالف ومحل الجنحة وإن تعذر ذلك ما يعادل قيمته، والوسائل المستعملة في الغش وآجال الدفع، والمحاسب العمومي المكلف بالتحصيل[2].

4- أثار المصالحة المتعلقة بمخالفة أحكام الصرف

إذا تمت المصالحة بين إدارة المالية والمخالف للتشريع والتنظيم المتعلق بالصرف سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا، وفق ما حدده القانون، وقبلت اللجنة طلب المصالحة المقدم من طرف الخالف، فإن لقرار القبول هذا آثار بالنسبة للإدارة وأخرى بالنسبة للمخالف.

-الآثار بالنسبة للإدارة

النتيجة الأساسية للصلح بين المخالف وإدارة المالية في مخالفة حركة الصرف، بالنسبة للإدارة هي تحصيل مبالغ المصالحة، وهذا على عكس الصلح في قواعد الشريعة العامة حيث يكون لها أثر كاشف، وحيث تتوازى الكفتان في التنازل عن الحقوق والقيام بالالتزامات لأجل حل النزاع، فإنه في الجرائم الاقتصادية، التي منها جريمة الصرف، تنشئ المصالحة حقوقا للأطراف المتصالحة، لكن بطريقة لا يتضح فيها التنازل إنما الإجبار من الطرف المخالف، وبالتالي ينشئ للإدارة حقها في الحصول على مقابل المصالحة المتفق عليه، ويلتزم الطرف المخالف بإرادته بدفع مبلغ المصالحة المتفق عليه، حتى يتخلص من آثار الجريمة ويتجنب العقوبة الجزائية[3].

تؤول مبالغ المصالحة للخزينة العمومية للدولة، كما يتم التخلي عن محل الجنحة، وكذا الوسائل المستعملة في عملية الغش[4].ويمنح المخالف أجل 20 يوما ابتداء من تاريخ استلام مقرر المصالحة لتنفيذ

---

[1]- المادة 02 من المرسوم التنفيذي 11-35 و المادة 02 من الأمر 10-03.
[2]- المادة 12 من المرسوم التنفيذي 11-35، مرجع سابق
[3]- فطيمة دفريا لدية، مرجع سابق، ص302.
[4]- المادة 11 من المرسوم التنفيذي 11-35، مرجع سابق.

جميع الالتزامات المترتبة عليها، في حالة عدم تنفيذ المخالف لالتزاماته في الأجل الممنوح تخطر اللجنة وكيل الجمهورية المختص اقليميا بذلك. كما تخطر وزير المالية ومحافظ بنك الجزائر [1].

-الآثار بالنسبة للمخالف

عندما تتم المصالحة قبل صدور الحكم الجزائي ويصبح نهائيا، يحكم القاضي الجزائي بانقضاء الدعوى الجزائية بالمصالحة. ومن ثم يحرر المخالف من كل متابعة قضائية أو عقوبة جزائية متعلقة بالقضية التي تمت فيها المصالحة.

من نتائج هذه المصالحة أيضا بالنسبة للمخالف، رفع المنع التحفظي الصادر فيه حقه من طرف محافظ بنك الجزائر، والقاضي بمنع المخالف من القيام بكل عملية صرف أو حركة رؤوس أموال من و إلى الخارج والتي ترتبط بنشاطاته المهنية[2].

ما يجب الإشارة إليه في ختام الحديث عن الاجراءات الخاصة بالمصالحة في جرائم الصرف، أن مختلف الإجراءات الواردة بالأمر 96-22 و تعديله الوارد بالأمر 10-03 وكذا المرسوم التنفيذي 11-35، لم تشير من قريب ولا من بعيد أن هذه المصالحة بين المخالف واللجنة يمكن أن تتم بطريقة الكترونية، أو يمكن على الأقل، تبادل الوثائق الكترونيا. مما يؤكد استبعاد المشرع الجزائري للمصالحة الالكترونية في هذا النوع من الجرائم.

ثانيا- الوساطة في المنازعات المصرفية

الوساطة مفهوم واسع يشير إلى الإجراءات التي يقوم بها شخص ما أو فريق من الاشخاص بمساعدة الطرفين في سعيهما للتوصل إلى تسوية ودية للنزاع القائم بينهما. وثمة فوارق بالغة الأهمية بين عمليات حل النزال بطريقة التفاوض والوساطة والتحكيم. فعندما ينشأ نزاع ما، يسعى الطرفان عادة إلى حل نزاعهما بالتفاوض دون إشراك أحد خارج نطاق النزاع، وإذا ما أخفقت المفاوضات في حل النزاع، توفرت طائفة أخرى من الآليات لحل النزاعات، ومنها الوساطة والتحكيم[3].

نصت على الوساطة كطريق بديل لحل النزعات في القانون الجزائري[4]، المواد من 994 إلى 1005، من قانون الإجراءات المدنية والادارية ضمن الباب الخامس تحت عنوان، في الطرق البديلة لحل النزاعات. أما في القانون الدولي فقد أصدرت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، قانون

[1]- المادة 15 من المرسوم التنفيذي 11-35

[2]- حسب نص المادة 8 من الأمر 03-01، المؤرخ في 19 فيفري 2003، المعدل و المتم للأمر 22/96، المتعلق بقمع مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج، ج ر رقم 12 بتاريخ 2003/02/23.

[3]- دليل اشتراع القانون النموذجي للتوفيق التجاري الدولي لسنة 2002، ص10، مرجع سابق.

[4]- معظم المواد التي تنظم الوساطة في قانون الإجراءات المدنية و الادارية مأخوذة من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد، فالمواد من L131-2 إلى L131-12 من القانون الفرنسي تقابلها بالترتيب المواد من 995 إلى 1004 من القانون الجزائري.

الأونسيترال النموذجي للتوفيق (الوساطة) التجاري الدولي لسنة 2002. من جهته الاتحاد الأوروبي اصدر التوجيه رقم 2008-52 المتعلق ببعض مظاهر الوساطة في المواد المدنية والتجارية، والذي يهدف إلى تسهيل الدخول الى الوسائل البديلة لحل النزاعات ودعم التسوية الودية للنزعات بتشجيع اللجوء إلى الوساطة، من أجل ضمان ترابط مرضي بين الوساطة والإجراءات القضائية[1]. ومن جهتها غرفة التجارة الدولية أصدرت نظام الوساطة الخاص بالغرفة سنة 2014.

ثم إن المرونة الكبيرة التي تتميز بها الوساطة عن غيرها من الوسائل البديلة لحل النزاعات، أدت إلى ظهور رأي واسع الانتشار، مفاده أنه من غير الضروري اللجوء إلى تشريع أو تقنين ينظم عملية الوساطة، لأنها بطبيعتها تتوقف على إرادة الطرفين، "وقد ساد اعتقاد حقا بأن القواعد التشريعية ستتسبب دون لزوم في تقييد عملية الوساطة أو التوفيق والإضرار بها"[2].

أ- مفهوم الوساطة

لم يعرف المشرع الجزائري الوساطة، على غرار تعريفه للصلح بموجب المادة 459 من القانون المدني كما ذكرنا ذلك سابقا. غير أننا من نص المواد التي نظمت الوساطة كطريق من الطرق البديلة لحل المنازعات يمكن أن نقول أن الوساطة إجراء بديل لحل المنازعات، يتدخل بموجبه طرف ثالث غير القاضي لمساعدة أطراف النزاع للتوصل لحل يرضي الخصوم.

من جهته، عرف قانون الأونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي[3] لسنة 2002، التوفيق أو الوساطة[4] على أنها: "أي عملية، سواء أشير إليها بتعبير التوفيق أو الوساطة أو بتعبير آخر ذي مدلول مماثل، يطلب فيها الطرفان إلى شخص ثالث أو أشخاص آخرين، مساعدتهما في سعيهما إلى التوصل إلى تسوية ودية لنزاعهما الناشئ عن علاقة تعاقدية أو علاقة قانونية أخرى أو المتصل بتلك العلاقة، ولا يكون للوسيط الصلاحية لفرض حل للنزاع على الطرفين"[5]. من جهة أخرى عرف نظام الوساطة لغرفة

---

[1]- Article 1-1 du Directive 2008/52/CE du parlement européenne et du conseil ,du 21 mai 2008, sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, JO de l'union européenne L 136 du 24.5.2008, Disponible sur le site : https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008L0052&from=FR

[2]- دليل اشتراع القانون النموذجي للتوفيق التجاري الدولي لسنة 2002، فقرة 10، مرجع سابق، ص 12.

[3]- قانون الأونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي لسنة 2002مع دليل اشتراعه واستعماله، نيويورك سنة 2004. على الموقع: https://uncitral.un.org/ar

[4]- هناك من الكتاب من يفرق بين الوساطة و التوفيق، على اساس أن الحل الذي يقترحه الموفق لا يكون ملزما إلا بعد موافقة الخصوم عليه، في حين أن حكم التوفيق ملزم للخصوم. أنظر خالد ممدوح ابراهيم، التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2008، ص38.

[5]- المادة الأولى فقرة 03 من القانون النموذجي للتوفيق التجاري لسنة 2002، مرجع سابق.

التجارة الدولية[1]، الوساطة على أنها: "تعيين طرف ثالث محايد (وسيط) لمساعدة الأطراف على حل نزاعهم"[2].

وقد عرف بعض الفقه الوساطة على أنها: "عبارة عن عملية تطوعية يوافق طرفا النزاع من خلالها على العمل مع شخص محايد، لحل النزاع القائم بينهما، مع منح كامل السلطة للمتنازعين في قبول نتائج الوساطة أو رفضها، مع انصراف عمل الوسيط وبذل جهده صوب نقاط الخلاف، واقتراح طرق سبل الحل"[3].

غير أن تعريف الوساطة بأنها عملية "تطوعية" من خلال التعريف السابق، يبدو أنه تجاوزه الزمن ولا يواكب التطور الحاصل في مجال الطرق البديلة لحل المنازعات، حيث أصبحت هناك مؤسسات ومراكز عالمية وإقليمية مختصة في حل النزاع بالطرق البيلة ومنها الوساطة، ويدفع الأطراف أموالا لهذه المراكز للقيام بهذه العملية[4].

وتقوم الوساطة على فكرة "رابح–رابح"، وهي بمفهومها التقليدي وسيلة غير قضائية من وسائل تسوية النزاعات بصورة ودية، تقتضي وجود طرف ثالث يسمى الوسيط، يعمل على تقريب وجهات النظر بين الطرفي المتنازعين، للوصول إلى اتفاق نهائي، من خلال التوصيات غير الملزمة التي يقدمها الوسيط، وذلك عقب فشل المفاوضات الجماعية[5].

يقسم الفقه الوساطة إلى عدة أنواع، حسب معيار دور القاضي ودور الوسيط في العملية، وكذا حسب معيار الوسيلة أو التقنية التي تتم بها. وعلى هذ الاساس نشير هنا إلى الأنواع الاساسية لها فقط.

1– الواسطة الاتفاقية

بالعود إلى مواد قانون الاجراءات المدنية والإدارية السابقة الذكر، التي نظمت الوساطة لا نجد أية إشارة لهذا النوع من الوساطة الاتفاقية، وعليه يكون المشرع الجزائري قد استبعد الوساطة الاتفاقية، في حين أن هذا النوع من الوساطة، وفي غياب أي دور أو تدخل للقضاء، يمكن اعتبار فعلا طريقا بديلا لحل المنازعات بعيدا عن النظام القضائي للدولة، ويمكن أن يؤدي فض كثير من النزعات المصرفية والمالية، خاصة التي يكون أحد أطرافها مستهلكا.

[1]- Règlement de médiation, en vigueur à compter du 1er janvier 2014, Chambre de Commerce Internationale, 2017.

2- Article 1-2 : Le Règlement prévoit la nomination d’un tiers neutre le ≪ Médiateur ≫ charge d’aider les parties à régler leur différend.

[3]- عبد الصمد جاسم محمد، تنازع الاختصاص القضائي الدولي في التعاملات التجارية الالكترونية دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة 2010، ص 505.

[4]- منها محكمة غرفة التجارة الدولية بباريس.

[5]- عبد الباسط جاسم محمد، مرجع سابق، ص 505،

2- الوساطة القضائية

رغم أن المشرع الجزائري قد وضع هذا النوع من الوساطة تحت اسم الاجراءات البديلة لحل المنازعات إلا أنها في حقيقة الأمر مرتبطة بالقاضي في كل المراحل، فهو الذي يبدأها، ولا يعتبر تعيين الوسيط تخل عن القضية، كما له سلطة إنهاؤها في أي وقت[1].

والحقيقة أن هذا النوع من الوساطة لا يمكن اعتباره طريقا بديلا بالفعل لحل النزاعات بعيدا عن القضاء، ولا يمكن أن يشجع الأطراف على سلوكه، خاصة في مجال منازعات التجارة الخارجية والمنازعات الاقتصادية، وكذا منازعات التجارة الالكترونية. ذلك لأن القاضي الوطني، الذي يريد الأطراف التخلص منه، يلاحقهم في كل المراحل.

3- الوساطة الالكترونية

إذا كانت الوساطة (العادية أو التقليدية) هي طريق ودي لحل النزاعات بعيدا عن أروقة المحاكم، يقوم بها أشخاص ليسوا بقضاة يثق بهم أطراف النزاع من أجل تقريب وجهات النظر بين المتنازعين، من غير أن يفرضوا عليهم حكما معينا، فإن الوساطة الالكترونية لا تختلف عن الوساطة العادية، إلا من حيث الوسيلة التي تتم بها إجراءات هذه الوساطة، والبيئة الافتراضية التي تتم فيها. حيث يتم تسوية النزاع باستخدام وسائل الاتصال الالكترونية الحديثة، دون الحضور الفعلي للأطراف لمجلس واحد، ويتبادلون المستندات والمذكرات و الردود الكترونيا[2].

هذا وسنعود للوساطة الالكترونية بالتفصيل عند الحديث عن الطرق البديلة لتسوية نزاعات العمليات المصرفية الالكترونية، بالطرق الالكترونية.

ب- الوساطة في المنازعات المصرفية الالكترونية

على الرغم من أن المشرع الجزائري، بموجب قانون الاجراءات المدنية والإدارية فتح باب الوساطة على جميع المواد، باستثناء قضايا شؤون الاسرة والقضايا العمالية وكل ما من شأنه أن يمس بالنظام العام[3]، إلا أن الوساطة في مجال المنازعات المصرفية لا نكاد نجد لها أثرا، رغم أهمية هذا القطاع التجاري والاقتصادي وضرورة العمل على حل منازعاته بالطرق البديلة، قبل اللجوء إلى القضاء. هذا بالنسبة للوساطة القضائية، أما بالنسبة للوساطة الاتفاقية فلم يسمح بها أصلا، رغم تنظيمها من طرف معظم التشريعات المقارنة. فالوساطة بموجب القانون الجزائري، رغم اعتبارها وسيلة بديلة عن القضاء

---

[1]- المادة 1002 من قانون الاجراءات المدنية و الإدارية..

[2]- محمد أزوا ويوسف مسعودي، **"الوساطة الالكترونية كآلية لتسوية منازعات الاستهلاك المبرمة بوسائل الكترونية"**، المجلة الأفريقية للدراسات القانونية و السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، المجل02، العدد 02ديسمبر 2018، ص 145.

[3]- المادة 994 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية.

لحل المنازعات، إلا أنها تبتدأ عند القاضي وتنتهي عنده. وهذا لا يشجع كثرا، في حقيقة الأمر، أطراف هذه النزاعات على عرضها على القضاء، خاصة عندما يكون أحد أطرافها غير مهني أو مستهلك.

فالمشرع الجزائري لم يجيز إحالة النزاع البنكي تلقائيا ومباشرة على الوساطة دون المرور على القاضي بمجرد نشوئه، بل قيده بجملة الشكليات التي تتطلبها عموما الإجراءات في الدعاوى القضائية، وهذا في الحقيقة لا يخدم فكرة الوسائل البديلة لحل النزاعات وجني ثمارها[1]، وخلاف الأهداف المرجوة من هذه الطرق ، مما يزيد من تراكم الدعاوى أمام القاضي، أو هروب الأطراف منها، خاصة ما تعلق منها بالمنازعات الاقتصادية والتجارة الدولية والتجارة الالكترونية ومنازعات القرض الاستهلاكي الموجهة للمستهلك وغيرها. هذا ما تداركته معظم التشريعات المقارنة بنصها وتشجيعها على الوساطة الاتفاقية كطريق بديل لحل المنازعات في المجال المصرفي.

وفي هذا المجال أصدر المشرع المغربي القانون رقم 05-08 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية، مفسحا المجال لإعمال الآليات البديلة لحل المنازعات في جميع المواد، و منها القطاع المصرفي الذي اختار فيه الوساطة بدل التحكيم، لسبب أساسي يكمن في السمات المميزة للوساطة وخصائصها الناجعة في إشراك أطراف النزاع في مشوار صياغة مشروع صلح ينهي النزاع بشكل حدي وجذري. حيث تم تأسيس المركز المغربي للوساطة البنكية بتاريخ 26 جويلية 2013، بمبادرة من الجمعية المهنية لبنوك المغرب وانخراط الجمعية المهنية لشركات التمويل، كجهاز مستقل عن كل مؤسسات الائتمان، والجهاز القضائي، حفاظا على حياد الوسيط واستقلاليته اتجاه الفرقاء[2]. هذا المركز أصدر في ما بعد ميثاق الوساطة الخاص به، الذي ينص في الفصل الثالث منه على أن اللجوء إلى الوساطة البنكية هو لجوء إرادي وبالمجان، دون أدنى تمييز في مبلغ النزاع وقيمته.

في فرنسا يمكن لكل من لم يتمكن من حل نزاع مع البنك أن يتوجه إلى الوسيط البنكي، وهي وسيلة سريعة، مجانية لتسوية النزاع بطريقة ودية[3]. ويلتزم الوسيط البنكي بأن يكون حياديا ومستقلا عن البنك. وتعتبر هذه الطريقة لحل النزاع بديلا عن اللجوء للقضاء. لكن قبل اللجوء إلى الوسيط البنكي، يجب على المنازع (المستهلك عموما) أن يحاول حل النزاع مع المستشار البنكي أولا، وإذا لم يصل إلى حل لنزاعه، عليه أن يراسل مصلحة الزبائن على مستوى البنك، بواسطة رسالة مضمنة مع وصل الاستلام . وإذا لم تقوم مصلحة الزبائن بإجابة المستهلك في أجل شهرين (15 يوما في نزاعات الدفع)،

---

[1]- فطيمة دفريا لدية، مرجع سابق، ص307.

[2]- عمر بحبو، **"حينما يحتدم النزاع البنكي .. لا بديل عن الوساطة"**، مقال منشور على الموقع هسبريس على عنوان: https://www.hespress.com/opinions/340808.html

[3] - Article L Article L316-1 du Code monétaire et financier français, op.cit.

يمكن الآن إخطار الوسيط البنكي. كما يمكن إخطار الوسيط البنكي عن طريق البريد أو على الخط بطريقة الكترونية[1].

يجب على الوسيط البنكي الرد على طلب الوساطة خلال أجل 90 يوما ابتداء من تاريخ الإخطار، وفي حالة كون ملف النزاع كبير يطلب الوسيط البنكي أجلا إضافيا لاقتراح الحل، و يخبر طالب الوساطة بذلك. عند نهاية الأجل يقدم الوسيط اقتراح لحل النزاع المصرفي، لكل من الزبون والبنك. ويبقى لكل طرف في النزاع حرية قبول أو رفض الحل المقدم من طرف الوسيط البنكي.

ولقد مكن القانون النقدي والمالي الفرنسي[2]، كل مستهلك من حق اللجوء المجاني إلى وسيط من أجل حل نزاع يواجهه مع مؤسسة قرض أو ائتمان، أو شركة تمويل، أو مؤسسة نقود الكترونية أو مؤسسة دفع أو مقدم خدمات اعلامية على الحسابات، والتي لها علاقة بالخدمات المقدمة، نتيجة عقود العمليات المصرفية وخدمات الدفع وتسيير النقود الالكترونية[3].

ورغم أن المشرع الجزائري حاول حماية المستهلك فيما يخص عروض قروض الاستهلاك الموجهة من البنوك إلى المستهلكين، في ما يخص شفافية العرض المسبق وطبيعة ومضمون ومدة الالتزام وكذا آجال التسديد، وضرورة ابرام العقد بين البنك والمستهلك المحدد لذلك[4]، إلا أنه لم يتضمن سبل حل النزاعات التي قد تنشأ عن تنفيذ مختلف بنود هذا العقد، وامكانية حل هذه النزاعات بطريقة ودية أو باستعمال الطرق البديلة غلى غرار الوساطة.

من جهاته قانون الاستهلاك الفرنسي، مكن كل مستهلك من حق اللجوء إلى المجاني إلى وسيط في مجال الاستهلاك من أجل إيجاد حل ودي لنزاع يواجهه مع محترف. حيث يجب على المحترف

[1]- خطوات حل النزاع عن طريق الوساطة البنكية مشروحة على الموقع:
https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F20523

[2] - Chapitre VI : Médiation, du code monétaire et financier Français, op.cit

[3]- Article L316-1 du code monétaire et financier:
Médiation, du code monétaire et financier Français.: Tout consommateur a droit de recourir gratuitement à un médiateur dans les conditions prévues au chapitre II du titre Ier du livre VI du code de la consommation en vue de la résolution d'un litige qui l'oppose à un établissement de crédit, une société de financement, un établissement de monnaie électronique, un établissement de paiement ou un prestataire de services d'information sur les comptes et relatif aux services fournis et à l'exécution de contrats conclus dans le cadre du présent titre et du titre II du présent livre et relatifs aux produits mentionnés aux titres Ier et II du livre II.

Un compte rendu annuel d'activité établi par chaque médiateur est transmis au président de la commission d'évaluation et de contrôle de la médiation de la consommation mentionnée à l'article L. 615-1 du code de la consommation, au gouverneur de la Banque de France, ainsi qu'au président du comité consultatif institué à l'article L. 614-1.

[4]- المادة 20 من القانون 09-03 المؤرخ في 25 فيفري 2009، المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، ج ر قم 15 بتاريخ 08 مارس 2008.

الضمان الفعلي للوصول إلى جهاز للوساطة الخاص بالاستهلاك. ويمكن للمحترف أن يضع جهازا خاصا به للوساطة في ميدان الاستهلاك، أو اللجوء إلى بقية الوسطاء الذين يؤدون نفس الغرض[1].

ولقد حدد قانون الاستهلاك الفرنسي[2]، الحالات التي لا يمكن لوسيط الاستهلاك فحص النزاع المعروض عليه من طرف المستهلك، في مواجهة المهني، حيث يجب على المستهلك أن يثبت أنه حاول وديا حل النزاع مباشرة مع المهني بواسطة تظلم مكتوب حسب النماذج المعروفة أو حسب النموذج الموجود في العقد. ويرفض الوسيط النظر في المنازعة في حالة الطلب غير مؤسس أو تعسفي، أو في حالة كون النزاع تم دراسته من طرف الوسيط، أو هو في طور الدراسة من طرف وسيط آخر، أو من طرف المحكمة. كما يرفض الوسيط النظر في نزاع المستهلك في حالة إيداع الطلب لدى الوسيط خلال أجل يفوق سنة كاملة ابتداء من تاريخ التظلم المكتوب لدى المهني. ويرفض الوسيط كذلك النظر في النزاعات الي لا تدخل في نطاق اختصاصه. وفي كل هذه الحالات يعلم الوسيط المستهلك برفض النظر في نزاعه خلال أجل 03 أسابيع ابتداء من تاريخ استلام الملف.

الفرع الثاني

التحكيم لحل المنازعات المصرفية

اهتمت تشريعات مختلف الدول، ومنها الدول العربية، بمواكبة التطور الحاصل على المستوى العالمي، فقامت بإصدار القوانين والتشريعات التي تنظم وتأطر التحكيم التجاري دوليا وداخليا، غير أن العبرة بمدى فعالية هذه القوانين ومرونتها وتجاوبها مع طبيعة هذه الوسيلة غير القضائية كطريقة بديل لحل المنازعات بعيدا عن القضاء، وتجاوبها أيضا مع وسائل الاتصال الحديثة في ظل الانترنت والفضاء الالكتروني ووسائل الدفع الالكتروني[3].

1 - Chapitre II : Processus de médiation des litiges de consommation, Code de la consommation Français:

Article L612-1 : Tout consommateur a le droit de recourir gratuitement à un médiateur de la consommation en vue de la résolution amiable du litige qui l'oppose à un professionnel. A cet effet, le professionnel garantit au consommateur le recours effectif à un dispositif de médiation de la consommation.
Le professionnel peut mettre en place son propre dispositif de médiation de la consommation ou proposer au consommateur le recours à tout autre médiateur de la consommation répondant aux exigences du présent titre.
Lorsqu'il existe un médiateur de la consommation dont la compétence s'étend à l'ensemble des entreprises d'un domaine d'activité économique dont il relève, le professionnel permet toujours au consommateur d'y recourir.
Les modalités selon lesquelles le processus de médiation est mis en œuvre sont précisées par décret en Conseil d'Etat.

[2]- Article L612-2 du code de la consommation, op.cit.

[3]- محمود سمير الشرقاوي، **"التحكيم في العاملات المصرفية"**، مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، الجزء الخامس، دبي 2003، مرجع سابق ص2325

ونظرا لأهمية ودور التحكيم كوسيلة بديلة فعالة لتسوية المنازعات، نتناوله من خلال التطرق لمفهومه، أولا، ثم نتناول مدى تقبله من طرف القطاع المصرفي، ثانيا.

أولا– مفهوم التحكيم

نتناول مفهوم التحكيم من خلال التطرق لتعريفه، ثم لمضمون اتفاقية التحكيم.

أ– تعريف التحكيم

لم يعرف المشرع الجزائري التحكيم، كطريق من الطرق البديلة لحل المنازعات، كما لم يعرف من قبل الوساطة. في حين عرفت المادة 7 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، اتفاق التحكيم على أنه: "اتفاق بين طرفين على أن يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض ما نشأ أو قد ينشأ بينهما من نزاعات بشأن علاقة قانونية محددة، سواء كانت تعاقدية أو غير تعاقدية".

ولقد عرفت محكمة النقض المصرية التحكيم على أنه: "طريق استثنائي لفض الخصومات، قوامه الخروج على طرق التقاضي العادية وما تكفله من ضمانات، ومن ثم فهو مقصور حتما على ما تنصرف إليه إرادة المحتكمين في عرضه على هيئة التحكيم"[1].

وعليه يمكن القول أن التحكيم، هو اتفاق الأطراف على عرض النزاع القائم بينهما فعليا، أو الذي يمكن أن يثور مستقبلا، بشأن أي علاقة بينهما أمام شخص أو أشخاص (محكمين) للفصل فيه، دون القضاء المختص[2]. فالتحكيم بهذا المفهوم، ينزع، الاختصاص من القضاء الرسمي ويعطيه لهيئة أخرى لتصبح هي صاحبة الاختصاص بالفصل في النزاع[3]. وبهذا يمكن القول فعلا أن التحكيم هو طريق من الطرق البديلة لحل النزاعات بديلا عن القضاء.

يكون التحكيم دوليا، إذا كان مقر عمل طرفي التحكيم، واقعين في دولتين مختلفتين. أو إذا كان مكان التحكيم، أو مكان تنفيذ الحكم، واقعا خارج دولتي الطرفين[4]. ولقد عرف قانون الإجراءات المدنية والإدارية التحكيم الدولي على أنه: "التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل"[5]. ويجب أن يتوفر اتفاق التحكيم، ما ينبغي أن يتوفر في أي عقد من أركان وشروط[6].

[1]- نقلا عن خيري عبد الفتاح السيد البتانوني، مرجع سابق، ص16، نقض مدني 1971/02/16ف. وعرفت التحكيم أيضا، المحكمة الإدارية العليا في مصر على أنه: "اتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين، ليفضلوا فيه دون المحكمة المختصة".

[2]- سيف الدين إلياس حمدتو، **"التحكيم الالكتروني"**، مجلة العلوم القانونية، عدد 3، جوان 2011 ، المركز بالجامعي الوادي، ص 61.

[3]- عمر سعد الله، مرجع سابق، ص 274.

[4]- المادة 01 فقرة 03 من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 مع التعديلات التي اعتمدت في عام 2006، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، فينا 2008. على الموقع: https://uncitral.un.org/ar

[5]- المادة 1039، قانون الإجراءات المدنية الإدارية.

[6]- عمر سعد الله، مرجع سابق، ص 274.

وفي علاقة اتفاق التحكيم بالدعوى الموضوعية المرفوعة أما المحكمة من أحد الطرفين، أكد القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، أنه على المحكمة التي ترفع أمامها دعوى في مسألة أبرم بشأنها اتفاق تحكيم أن تحيل الطرفين إلى التحكيم، إذا طلب منها أحد الطرفين في موعد أقضاه تاريخ تقديم بيانه الأول في موضوع النزاع، ما لم يتضح لها أن الاتفاق باطل ولاغ أو عديم الأثر أو لا يمكن تنفيذه1.

غير أنه يمكن لأحد الأطراف أن يلجأ إلى المحكمة بطلب القيام بإجراء استعجالي أو مؤقت، قبل بداية التحكيم أو إثناءه، وأن هذا لا يعتبر متناقضا مع قرار الأطراف الذهاب إلى التحكيم لفض النزاع2.

يتم اللجوء إلى التحكيم عن طريق اتفاق التحكيم، ولكن هذا الاتفاق قد يكون قبل نشوء النزاع وهو ما يسمى بشرط التحكيم، وقد يكون بعد نشوء النزاع وهو ما يسمى بمشارطة التحكيم، كما قد يكون، أحيانا بالإحالة إلى عقد سابق أو عقد نموذجي3.

من جهته المشرع الجزائري فرق بين شرط التحكيم واتفاق التحكيم، من حيث وقت إبرام الاتفاق قبل نشوء النزاع أو بعده. فقد عرف شرط التحكيم على أنه: "الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة، على عرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم"4. وأوجب المشرع الجزائري أن يكون شرط التحكيم مكتوبا5. من جهتها قواعد التحكيم الصادرة عن الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة[6]، عرفت شرط التحكيم على أنه: "اتفاقية التحكيم المبرمة قبل نشوء النزاع، حيث بإمكانه أن يكون مستقلا عن العقد التجاري أو واردا فيه"[7].

كما عرف المشرع الجزائري اتفاق التحكيم على أنه: "الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوئه على التحكيم"8. وعلى غرار شرط التحكيم، أوجب المشرع الجزائري أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا9. ومن جهتها أيضا، قواعد التحكيم للغرفة الجزائرية للصناعة والتجارة عرفت اتفاق التحكيم على أنه: "اتفاق التحكيم (مشارطة التحكيم) هو اتفاقية التحكيم المبرمة بعد نشوء النزاع، مستقل عن العقد التجاري"[10].

---

[1]- المادة 7 فقرة 01 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 2006، مرجع سابق

[2]- المادة 09 من القانون النموذجي، مرجع سابق.

[3]- صفاء فتوح جمعة فتوح، مرجع سابق، ص315.

[4]- المادة 1007، قانون الإجراءات المدنية الإدارية، السابق ذكره.

[5]- المادة 1008، القانون أعلاه.

[6]- الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة، مركز الوساطة والمصالحة و التحكيم، قواعد التحكيم سارية المفعول ابتداء من 07 جانفي 2014. على الموقع: https://www.caci.dz/ar/Pages/Accueil.aspx

[7]- المادة 03 من قواعد التحكيم للغرفة الجزائرية للصناعة والتجارة، المرجع نفسه..

[8]- المادة 1011، قانون الإجراءات المدنية الإدارية، السابق ذكره.

[9]- المادة 1012، القانون أعلاه.

[10]- المادة 04 ، قواعد التحكيم للغرفة الجزائرية للصناعة والتجارة، مرجع سابق.

من جهة أخرى جاء في نص المادة 1040 من قانون الاجراءات المدنية والادارية، التي جاءت في الفصل المتعلق بالأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي: "تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية". أي أنه في التجارة الدولية تسري على اتفاق التحكيم السابق للنزاع أو اللاحق له نفس الأحكام. نتناول في ما يلي الحديث عن مضمون اتفاقية التحكيم وإجراءات تعيين الجهة التحكيمية.

ب- مضمون اتفاقية التحكيم

حددت المادتان 1008 و1012 أهم البنود التي يجب أن تتضمنها اتفاقية التحكيم، ويتعلق الأمر بتعيين موضوع التحكيم وتعيين الجهة التحكيمية.

1- موضوع التحكيم

تتفق كافة النظم على عدم جواز التحكيم في المسائل التي لا تقبل الصلح، سواء كان ذلك في المسائل المدنية أو التجارية، بمعنى أن التحكيم يعد وسيلة بديلة عن القضاء في المسائل التي تقبل الصلح[1].

و في هذا حددت المادة 1006 المواضيع التي لا يجوز فيها التحكيم، وهي المسائل المتعلقة بالنظام العام وحالة الأشخاص. كما منعت الأشخاص المعنوية العامة من التحكيم، في مادة الصفقات العمومية أو التجارة الدولية وعلاقاتها الاقتصادية. وبينت المادة 975 أنه لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة التحكيم إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر، وفي مادة الصفقات العمومية. وبمفهوم المخالفة فإن الأشخاص المعوية العامة لا يجوز لها التحكيم الداخلي مطلقا.

في حالة اتفاق التحكيم، الذي يكون بعد حدوث النزاع، أوجب المشرع الجزائري تحديد موضوع النزاع، تحت طائلة البطلان. وهذا شيء طبيعي لأن النزاع قد حدث وموضوعه أصبح واضحا ومحددا، وهذا على خلاف الحالة في شرط التحكيم السابق ذكره.

وعليه يمكن القول، بصفة مبدئية، أن كل الأعمال التجارية يمكن التحكيم فيها، ومنها الخدمات البنكية ومختلف العمليات المصرفية التي تجريها البنوك الخاضعة للقانون الجزائري سواء العامة منها أو الخاصة.

غير أنه في محل التحكيم، وفي المجال الدولي، يمكن القول أن معظم القوانين الجديدة الخاصة بحماية المستهلك تمنع إدراج شرط التحكيم في العقود التي يكون أحد أطرافها مستهلكا، إذا أملت أو

[1]- صفاء فتوح جمعة فتوح، مرجع سابق، ص 321.

فرضت عليه بشكل واضح أو ضمني اللجوء إليها، وذلك لتحقيق التوازن بين مركز المستهلك والمهني في إبرام العقد. إلا أن ذلك لا يمنع من أن يدرج شرط التحكيم في عقد يكون أحد طرفيه مستهلكا، في حالة كون هذا الأخير موافقا على التحكيم من غير جبر أو إذعان، كما أن بند هذا العقد لا يمس الحماية المقررة له[1].

2- تعيين الجهة التحكيمية

تختلف طريقة تعيين المحكمين من التحكيم الحر، أي التحكيم خارج أي مؤسسة أو مركز للتحكيم، إلى التحكيم المؤسساتي الذي يكون ضمن مركز تحكيمي أو محكمة تحكيم مختصة. ففي التحكيم الحر يكون تعيين المحكمين على أساس إرادة الأطراف المتنازعة، التي تتمتع بمطلق الحرية في تحديد المحكمين والشروط الواجب توافرها فيهم[2]. وفي هذا تنص الفقرة 02 المادة 1008 على: "يجب أن يتضمن شرط التحكيم تحت طائلة البطلان، تعيين المحكم أو المحكمين، أو تحديد كيفيات تعيينهم".

والتحكيم بهذه الطريقة، مفاده حرية الأطراف في اختيار ما يشاءون من محكمين مع تحديد القواعد والإجراءات التي يتبعونها والقانون الواجب التطبيق ومكان التحكيم وهوية المحكم، كل هذا وفق ما يحقق المصلحة الخاصة بهم. ومسترشدين بما ورد في القواعد التشريعية المنظمة للتحكيم، أو قواعد التحكيم الدولي، على غرار قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985، المعدل سنة 2006، التي سهلت مهمة إيجاد قواعد قانونية تضبط التحكيم[3].

غير أن هذا النوع من التحكيم الحر ربما أصبح قليلا، فالأطراف عادة ما يلجؤون إلى النوع الثاني وهو التحكيم المؤسساتي، رغم كونه مكلفا، حيث يكون لمراكز ومحاكم التحكيم خبرة كبيرة في اختيار أحسن المحكمين، حسب كل نوع من أنواع النزاع. وحيث يتفق الأطراف على اختيار مركز التحكيم، أو مؤسسة تحكيمية أو محكمة وطنية أو دولية تضطلع بمهمة التحكيم[4]، وفق قواعد وإجراءات تتضمنها لوائحها ومعروفة مسبقا[5].

ومن هذه المراكز من تقوم بالتحكيم بطريقة الكترونية أو تحكيم على الخط عن طريق الانترنت، من غير حضور الأطراف جلسات التحكيم. وعددها الآن في ازدياد مستمر على المستوى العالمي،

[1]- المرجع نفسه، ص 322.
[2]- نبيهة بومعزة، **"الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم في القانون الجزائري"**، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، جامعة عنابة، عدد 35، سبتمبر 2013، ص 233.
[3]- خالد ممدوح ابراهيم، التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الدولية ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2008، ص 27.
[4]- الأمثلة على هذا كثيرة و منها محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية بباريس، و هيئة التحكيم الأمريكية AAA ، والمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في واشنطن ICSID، ومحكمة لندن للتحكيم الدولي LCIA، ومحكمة التحكيم الدائمة في لاهاي، و مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي CRCICA، ومنظمة الملكية الفكرية العالمية في جينيف WIPO.
[5]- وصل عدد مراكز التحكيم على المستوى العالمي نحو 4000 مؤسسة، تحت تسميات مختلفة، ما بين مركز وغرفة ومحكمة وجمعية ومنظمة، تكون هذه الهيئات نابعة من اتفاقيات ثنائية أو هيئات ذات طابع وطني أو إقليمي أو دولي. أنظر خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق. ص 407

خاصة مع سهولة الاتصال وقلة تكاليف التحكيم في ها النوع من المراكز[1]. تعد مراكز التحكيم قائمة المحكمين المعتمدين لديها من ذوي الخبرة والكفاءة، وفي حالة وجود صعوبة في اختيار المحكمين، يقوم رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصاها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه، بتعيين المحكم أو المحكمين[2].

ثانيا– التحكيم في المنازعات المصرفية

بالرغم من أن التحكيم يستند الأخذ به إلى إرادة المتعاقدين، واتفاقهم على الالتزام به كوسيلة لحسم ما قد ينشأ بينهم من نزاعات تتعلق بتنفيذ عقودهم، كما يستمد التحكيم قوته من اتفاق وتراضي اطراف النزاع على تبنيه، وبالرغم أن التحكيم وجد طريقه في الكثير من المعاملات التجارية، مثل عقود البيع الدولي للبضائع وعقود الإنشاءات الدولية وعقود نقل التكنولوجيا وغيرها، إلا أنه لم يصادف هذا القبول في ما يتعلق بمنازعات العمليات المصرفية[3]، فلماذا يا ترى؟

أ– أسباب رفض البنوك للتحكيم

ساد الاعتقاد بأن البنوك لا تفضل اللجوء إلى التحكيم، وتميل عادة إلى ولوج سبيل التقاضي أمام المحاكم، ويرجع معظم المختصين ذلك إلى وجود أعراف بنكية وقواعد مقبولة عالميا، تواترت على تطبيقها أحكام قضائية مستقرة في معظم أنحاء العالم، حتى أصبح قانون المعاملات البنكية كما لو كان قانونا موحدا عالميا، الأمر الذي يسهل معه على البنك اللجوء إلى القضاء وهو على يقين من اقتضاء حقه4.

ولا يروق للبنوك عرض منازعاتها على هيئات التحكيم، على غرار بقية الأعمال التجارية الأخرى، لأن لديها قناعة أن المحاكم أقدر من هيئات التحكيم على فهم طبيعة هذه المنازعات، والفصل فيها طبقا لأحكام القانون الواجب التطبيق أو لاتفاق المتعاملين، فضلا عن أن أحكام هيئات التحكيم غير قابلة للمراجعة على عكس أحكام القضاء، كما أنه ليس هناك محكمون معروفون دوليا في مجال المنازعات المصرفية الدولية، ويضاف إلى ذلك أن النظام التحكيمي مكلف، على عكس اللجوء إلى القضاء.

[1]- نفصل في هذه المراكز عند الحديث عن التحكيم الالكتروني في منازعات العمليات المصرية الالكترونية

[2]- المادة 1009، قانون الإجراءات المدنية الإدارية، السابق ذكره.

[3]- قضمت المادة 18 من القانون المصري رقم 48 لسنة 1977 بإنشاء بنك فيصل الإسلامي، على أنه في المنازعات التي تنشأ بين البنك وأحد المستثمرين او المساهمين أو بين البنك و الحكومة أو أحد الاشخاص الاعتبارية العامة أو إحدى شركات القطاع العام أو الخاص أو الأفراد، فإنه يتم الفصل فيها نهائيا بواسطة هيئة تحكيم من المحكمين تشكل على النحو الوارد في المادة المشار إليها. إلا أن المحكمة الدستورية العليا في مصر، قضت في 17 ديسمبر 1994 بعدم دستورية هذا النص تأسيسا على أن التحكيم مصدره الاتفاق، ولا يجوز بحال أن يكون إجباريا يذعن إليه أحد الأطراف إنفاذا لقاعدة قانونية آمرة لا يجوز الاتفاق على خلافها. أنظر محمد سمير الشرقاوي، مرجع سابق، ص 2330.

[4]- محمد سليم العوا، **"التحكيم في الأعمال المصرفية الالكترونية"**، مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، الجزء الخامس، مرجع سابق، ص 2383.

كما تخشى البنوك، أن يؤدي التحكيم إلى البعد عن تطبيق القانون ويطبق بدله مبادئ العدالة، إذ تميل معظم هيئات التحكيم بطبيعتها إلى التوفيق بين المصالح المتعارضة، وهو ما قد يؤدي، حسب رأي البنوك، إلى ضياع حقها1.

من جانب آخر، تربط معظم التشريعات الوطنية قابلية النزاع للتحكيم من عدمه بالمسائل المتعلقة بالنظام العام، وبالتالي مدى قابليتها للصلح والوساطة[2]، فالمنازعات التي لا تقبل الصلح لا تقبل التحكيم. ولقد منع التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام بموجب نص المادة 1006، فقرة 02 التي تنص على: "لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم".

لكن ما علاقة العمليات المصرفية بالنظام العام؟ يرى البعض أن هذه العمليات المالية جد حساسة نظرا لعلاقتها بالاقتصاد الوطني وتأثيرها المباشر عليه سلبا أو إيجابا، ولا يمكن التساهل معها، ولذا فإنها غالبا ما تظل خاضعة للقضاء بموجب التشريعات الداخلية[3]، ويمكن اعتبار بعض هذه العمليات المصرفية من النظام العام. ومن ذلك منازعات الحصول على الاعتماد أو سحبه لتأسيس البنوك أو المؤسسات المالية، والمنازعات المتعلقة بالصرف والعملة الصعبة، لأنها مربوطة بقواعد آمر لا يمككن الاتفاق على خلافها[4].

ب– تطور موقف البنوك من التحكيم

يعتبر التحكيم، كما قلنا سابقا، آلية مهمة من آليات تسوية النزعات ذات الطابع التجاري، والذي يخضع لرضا الأطراف، لكن عندما يتعلق الأمر بقطاع البنوك والعمليات المصرفية أو الخدمات البنكية، سواء كانت العمليات بين محترفين، أي بنوك ومهنيين أو بنوك و مؤسسات مالية فيما بينها، أو بين بنوك و مستهلكين، هنا يثور التساؤل من أصحاب المهن، هل هناك أسباب ودوافع تبرر اللجوء إلى التحكيم في منازعات عمليات البنوك؟ ولماذا اللجوء إلى التحكيم بدل القضاء؟

يعتقد الكثير أن التحكيم في المادة المصرفية والمالية غير ممكن التصور، لأن البنوك كقاعدة عامة تفضل تسوية منازعاتها أمام القضاء إذا كانت أعمالها تتعلق بعمليات مصرفية مع تجار أو مهنيين، ويمكن أن تلجأ إلى الوساطة، مجبرة، إذا كانت عملياتها مع الخواص والمستهلكين.

إلا أنه مع تزايد المعاملات التجارية الدولية وما واكبها من تزايد في أنواع العمليات والعقود المصرفية وظهور العمليات المصرفية الالكترونية وانتشار البنوك الالكترونية، وما نتج عن الأزمة المالية

---

[1]- محمد سمير الشرقاوي، مرجع سابق، ص 2326.
[2]- السالك كروم، **"التحكيم في العمليات المصرفية"**، مجلة القانون والأعمال، ص 12. على الموقع: **https://www.droitetentreprise.com**

[3] - Georges Daladier ABI-RZK , op.cit, p 195.
[4]- Idem.

لسنة 2008، أصبح التحكيم محط نظر لكثير من البنوك، بل أصبح خيارا مطروحا لحل منازعاته، وذلك للمزايا الكثيرة للتحكيم في المجال البنكي[1]، التي نذكر منها:

- التحكيم في المجال البنكي يحفظ أسرار الطرفين، فلا يطلع عليها إلا المحكمون المختارون والمحامون المدافعون عن أطراف النزاع، وهؤلاء ملزمون بالمحافظة على سرية الجلسات.
- التحكيم يحافظ على العلاقات بين البنك وعميله في مجال الأعمال، فهو أقرب الى التفاوض منه إلى المحاكمة.
- نظام التحكيم يوفر الجهد والوقت، بخلاف الإجراءات أمام القضاء، لأن المحكم غير مقيد بالمواعيد والأوضاع المقررة في القوانين ما عدا ما تعلق منها بالنظام العام. فقواعد التحكيم، وحتى القانون، تلزم بأن يحدد الزمن الذي يجب أن يفصل فيه الخلاف[2]، ولا يجوز تجاوزه إلا لظروف استثنائية وبضوابط محددة.
- يعد أفضل وسيلة لمعالجة ومواجهة الأحكام غير المتوقعة، لكونه يتحدد من قبل محكمين تم تعيينهم من قبل الأطراف وبناء على قانون من اختيار الأطراف، فقط في حالة عدم الاتفاق يرفع الأمر إلى المحكمة[3].ويصف المحكمون عادة بالحياد والخبرة والكفاءة في الاختصاص موضوع النزاع.
- أن المحكم غالبا ما يطبق قواعد وأعراف مستقرة، عادة تكون معروفة للأطراف سلفا، ويأتي الحل متفقا مع توقعاتهم.
- أن التحكيم في المنازعات المصرفية يساعد على تجنب رفع الدعوى في بلد المدعى عليه، وتجنب جهله بالقوانين. كما يتجنب المدعي طلب تنفيذ الحكم في بلد المدعى عليه، والذي قد لا تربط دولته بالدولة مصدر القرار أو الحطم القضائي اتفاقية تتعلق بتنفيذ الاحكام الاجنبية، أو تكون الدولة غير موقعة على اتفاقية نيويورك لسنة 1958 ، المتعلقة بتنفيذ الاحكام الأجنبية.
- الأصل في حكم التحكيم أنه يكون نهائيا لا يمكن الطعن فيه، إلا إذا كان باطلا، بعكس الأحكام القضائية التي يتم الطعن فيها على درجات، ومن ثم صعوبة استفاء الحقوق في المجال الدولي باتباع الطرق القضائية.

---

[1]- السالك كروم، مرجع سابق، ص 15.

[2]- تنص المادة 1018، فقرة 01، من قانون الإجراءات المدنية و الادارية على: "يكون اتفاق التحكيم صحيحا ولو لم يحدد أجلا لانتهائه، وفي هذه الحالة يلزم المحكمون بإتمام مهنتهم في ظرف أربعة أشهر، تبدأ من تاريخ تعيينهم أو من تاريخ إخطار المحكمة لهم".

[3]- تنص المادة 1041، فقرة 01 من قانون الإجراءات المدنية و الادارية على: "يمكن للأطراف، مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم و شروط عزلهم و استبدالهم".

وقد كان لهذه المزايا وغيرها، للتحكيم دور كبير في الذهاب التدريجي للتحكيم من طرف البنوك والمؤسسات المالية، وكانت البداية في الولايات المتحدة الامريكية والنظام الأنجلوكسوني. فلقد استخدم التحكيم في القطاع المصرفي على نطاق واسع في الولايات المتحدة الامريكية، لكنه لم يستخدم على النحو نفسه في بقية بقاع العالم. فلقد بدأ هذا الاستعمال منذ سنة 1986 عندما أدرج بنك أمريكا "Bank of America" شروط تحكيم ملزمة في جميع وثائقه التجارية، وتبعته في ذلك معظم البنوك الأمريكية، وأن طور كل منها اجتهاده حسبما اقتضته معاملاته واختلاف القوانين من ولاية لأخرى. ومنذ شهر جويلية 1992 قرر بنك أمريكا جعل التحكيم هو الوسيلة التي يتفق عليها عملاؤه حتى في المعاملات الفردية الخاصة بمختلف أنواع الحسابات المصرفية1.

كذلك لوحظ في السنين الأخيرة، اتجاه البنوك إلى تبني شرط التحكيم في بعض اتفاقيات القروض المشتركة، أو في الاتفاقيات المصرفية لتمويل المشروعات الدولية التي تضطلع بها إحدى الحكومات أو تكون ضامنة لما يحصل من قروض، ذلك لأن قبول حكومة ما لشرط التحكيم أيسر من قبولها الخضوع للسيادة القضائية لدولة أجنبية2.

ولقد تضمن النظام الأساسي لاتحاد البنوك المصرية منذ إنشائه سنة 1981 الطرق الودية لحل ما ينشأ بين البنوك الأعضاء من خلافات، وإن لم يمكن حل النزاع وديا فيفصل فيه في أسرع وقت ممكن وفي أضيق حدود العقلانية وذلك عن طريق التحكيم. ثم عدل النظام الأساسي للاتحاد وأكد اللجوء إلى التوفيق أو التحكيم لحل المنازعات التي تتصل بالنشاط المصرفي بين الأعضاء.

أما في فرنسا، فقد جاء في المحضر النهائي الذي أعدته مجموعة العمل على التحكيم في "المواد البنكية والمالية"، المؤرخ في 19 ماي 2014، أن المؤسسات البنكية والمالية تفضل اللجوء إلى محاكم الدولة، ولا ترى التحكيم طريقا أساسيا لتسوية النزاعات. هذه الحقيقة العريضة، تم الوقوف عليها من طرف مجموعة العمل التي أعدت التقرير من خلال أعمالها ولقاءاتها مع الخبراء، وهذا بدون فرق بين حجم البنك ولا طبيعة البنك (بنك عام أو بنك متخصص). وبخلاف الحالات التي يوجب فيها المنظم الذهاب للتحكيم، فإن الذهاب الى التحكيم من طرف البنوك يقرر حالة بحالة بحسب الظروف الخاصة للعملية وللنزاع القائم[3].

---

[1]- محمد سليم العوا، مرجع سابق، ص 2380.

[2]- محمد سمير الشرقاوي، مرجع سابق، ص 2328.

[3]- Comité Français de l’arbitrage, Groupe de travail sur l’arbitrage en matière Bancaire et Financière, Rapport final 19 mai 2014, p 43.

وقد قدمت مجموعة العمل تقريرا مفصلا عن التحكيم بالنسبة للبنوك والمؤسسات المالية، في 80 صفحة، وختمت التقرير بجملة من الاقتراحات تدعو البنوك إلى الانخراط في عملية التحكيم لحل المنازعات المصرفية، أهمها:

- أن قواعد التحكيم الحالية مرنة بما فيه الكفاية لتلبية حاجيات المؤسسات المصرفية والمالية، ويبدوا بداهة أنه لا فائدة من إنشاء مؤسسة خاصة لإدارة النزاعات المصرفية والمالية ككل، أو لائحة مخصصة لذلك.
- ينبغي على البنوك والمؤسسات المالية تفضيل التحكيم المؤسسي لأنها غير معتادة على ذلك، ومن أجل الاستفادة من خبرات وخدمات مؤسسات التحكيم، و حتى لا تتعرض لمخاطر التحكيم.
- بفضل الاجتهادات الفقهية الأخيرة الجريئة، التحكيم في مجال الاستثمار حاليا، يفتح آفاق كبيرة للنزاعات التي تريد جبر الضرر الناتج عن مساهمة الدول المستقبلة، أو التي تحدد الطعون فقط لدى محاكمها المحلية.
- في الدوائر الضيقة لعلاقات البنوك والنزاعات التي يمكن أن تثور، يرى فريق العمل، أن التحكيم هو أحسن طريق لتسوية النزاعات ما بين البنوك.
- يجب على المؤسسات المصرفية والمالية أن تشارك في نشاطات مؤسسات التحكيم بفاعلية أكثر، وتكون ممثلة بإطارتها سواء حقوقيين كانوا أم لا، ويمكن أن يكون هذا عن طريق تعيين إطارات من البنوك في الهيئات القيادية لمؤسسات التحكيم، أو من خلال الاتصال المنظم أكثر بين اللجان البنكية ولجان التحكيم. كما يمكن لمؤسسات التحكيم إعداد قائمة من المحكمين المؤهلين في المسائل المصرفية والمالية، وهذا كله في إطار احترام القانون.

المطلب الثاني

ضرورة تكييف الطرق البديلة لحل المنازعات مع المنازعات المصرفية الالكترونية

في ظل شبكة الانترنت والفضاء الالكتروني الذي فرضته كطريق بديل للتفاوض على العقود وابرامها، وحتى تنفيذ البعض منها، ارتفع حجم العمليات التجارية بشكل غير مألوف، لما وفرته التجارة الالكترونية من أدوات دفعت المتعاقدين لاتباع هذا الطريق الذي صاحبه ارتفاع ملحوظ في معدل الخلافات الناشئة عن تنفيذ هذه العقود[1].

وأمام عجز القضاء عن اللحاق بالطفرة الالكترونية وتوفير وسائل سريعة لفض النزعات الناشئة في البيئة الالكترونية، أصبحت الحاجة ملحة للبحث عن وسائل بديلة لحل النزاعات في بيئة بديلة. ونظرا لثقة المتنازعين الكبيرة في الطرق البديلة لحل النزعات، بعيدا عن القضاء، أصبحت الدعوة ملحة للعمل

---

[1]- محمد ابراهيم أبو الهيجاء، مرجع سابق، ص 46

على تكييف الطريق البديلة لحل النزاعات، مع هذه البيئة الجديدة، مع المحافظة على متطلبات التجارة عموما، القائمة على السرعة والائتمان بين أطرافها. وظهرت مراكز الوساطة والتحكيم الالكتروني[1]، وأصبح رجال القانون مجبرون على تقنين وتنظيم عمل هذه الطرق البديلة في هذه البيئة الالكترونية البديلة.

لم نجد أية إشارة لحل المنازعات التي يمكن أن تنشأ عن مختلف العمليات أو الخدمات المصرفية الإلكترونية، بالطرق البديلة في التشريع الجزائري عموما، كما لم نجد ذلك في منازعات الدفع الالكتروني خصوصا، وسواء كان أحد طرفي هذه المنازعة مهنيا أو مستهلكا. وهذا رغم صدور الكثير من القوانين الجديدة في الميدان الالكتروني، على غرار قانون الوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال 09- 04، قانون عصرنة العدالة 15-03، قانون التوقيع والتصديق الالكترونيين 15-04، وقانون التجارة الالكترونية 18-05، القانون المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الالكترونية 18-04، إضافة لقانون حماية المستهلك 09-03.

هذا بخلاف ما هو عليه الأمر في كثير من دول العالم المتطورة، وخاصة في دول الاتحاد الأوروبي عموما، والقانون الفرنسي خصوصا. حيث صدرت كثير من توجيهات الاتحاد الأوروبي في هذا الشأن، والتي تشجع المتنازعين في عقود الخدمات البنكية على الذهاب إلى الطرق البديلة لحل منازعاتهم.

وقبل الحديث عن الطرق البديلة لحل منازعات العمليات المصرفية الالكترونية، يجدر بنا التطرق أولا لجهود الهيئات الدولية في إرساء معالم الطرق البديلة الالكترونية لحل المنازعات الناشئة في هذه البيئة، في الفرع الأول، ثم نتناول الصلح والوساطة بطريقة الالكترونية في فرع ثاني، أما الفرع الثالث فنتناول فيه التحكيم في منازعات العمليات المصرفية الالكترونية.

الفرع الأول

جهود الهيئات الدولية في العمل على تكييف الطرف البديلة مع المنازعات الالكترونية

في هذا الإطار خصص التوجيه الأوروبي 31/2000 المتعلق بالتجارة الالكترونية، المادة 17 منه، لدعوة الدول الأعضاء إلى السهر على ضمان الوصول إلى الطرق البديلة لتسوية النزاعات، في حالة وجود نزاع بين مقدم خدمة والمستفيد منها، بحيث أن تشريعاتها لا يجب أن تكون حاجزا على استعمال الطرق البديلة الواردة في القوانين الداخلية ومنها استعمال الوسائل الالكترونية المناسبة.

---

[1]- « Le marché des modes électroniques de règlement des différends est extrêmement volatil, des opérateurs disparaissent (par exemple le premier *cyber tribunal* à Montréal), tandis que d’autres apparaissent. De plus les pratiques de ces opérateurs se modifient avec l’état de la technique ». Bruno Defains et Yannick Gabutgy, **« la résolution électronique des litiges favorise-t-elle le développement de nouvelle stratégie de négociation** », CAIN.INFO , 2008/2 N° 10, P 16

من جهته مجلس منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية (OECD)، أصدر في 09 ديسمبر 1999، الخطوط التوجيهية المنظمة لحماية المستهلكين في ميدان التجارة الالكترونية، ودعا الدول الأعضاء إلى تشجيع الشركات والمستهلكين وممثليهم إلى المساهمة بفعالية في تجسد هذه الخطوط التوجيهية على المستوى الدولي ، الوطني والمحلي.

وتحت عنوان الطرق البديلة لتسوية النزاعات والطعون، دعا مجلس المنظمة الدول الأعضاء إلى ضرورة إعطاء المستهلكين الدخول الحر والمباشر إلى الطرق البديلة لتسوية النزاعات والطعون، وهذا بدون أية رسوم أو تكاليف لا لزوم لها[1]. كما يجب العمل على إيجاد وسائل داخلية عادلة، فعالة وشفافة من أجل معالجة احتجاجات وصعوبات المستهلكين، وإعطائهم إجابات عادلة ومبتكرة. حيث يجب على الشركات وممثلي المستهلكين مواصلة العمل لإيجاد برامج متلازمة للتسوية الذاتية، من أجل معالجة احتجاجات المستهلكين ومساعدتهم على حل نزاعاتهم الناتجة عن التجارية الإلكترونية. ومن أجل تجسيد هذه الطرق البديلة، يجب استعمال وسائل الاعلام والاتصال بطريقة مبتكرة ودعم حرية الاختيار للمستهلكين.

وبالعودة إلى المادة 17 من التوجيه الأوروبي السابق الذكر، يمكن القول أن الهدف منها هو التشجيع على الاستعمال الحقيقي للطرق البديلة لتسوية النزاعات، وبصفة خاصة استعمال هذه الطرق البديلة بطريقة الكترونية. وعليه دعا التوجه السابق الذكر الدول الأعضاء إلى وضع حد للحواجز القانونية التي تقف ضد هذه الطرق البديلة، هذا من جهة ومن جهة أخرى يجب على هذه الدول السهر على احترام اجراءات حل النزاعات بالطرق البديلة وبطريقة الكترونية من طرف المراكز والأجهزة المتخصصة.

نتناول في ما يلي جهود القانون المقارن، وخاصة جهود الاتحاد الأوربي في العمل على القضاء على الحواجز القانونية التي تقف حجر عثرة أمام استعمال الطرق البديلة الالكترونية في حل النزاعات، وكذا المبادئ التي يجب على هيئات و مراكز الطرق البيلة لحل النزعات بطريقة الالكترونية، الالتزام بها.

أولا- ضرورة القضاء على الحواجز القانونية

يرفض المستهلكون عموما اللجوء إلى القضاء لحل نزاع متعلق بعقد الكتروني وذلك لعدة أسباب منها، القيمة المالية المحدودة للمعاملة، مقارنة بالمصاريف القضائية اللازمة لحل النزاع[2]، ومنها الحواجز النفسية والاجتماعية التي تحول دون منازعة المورد المقيم في دولة أخرى، إضافة إلى الصعوبات اللغوية في حالة كون المعاملة المالية خارج الدولة، وأيضا عدم المعرفة بالقانون الأجنبي والاجراءات القضائية.

[1]- lignes directives régissant la protection des consommateurs dans le contexte du commerce électronique, OECD 2000 , P 34

[2]- Considérant 3, Recommandation 98/257/CE du 30 mars 1998, , concernant les principes applicables aux organes responsable pour la résolution extrajudiciaires des litiges de consommation. Disponible sur le site : https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR

هذه العوامل وغيرها تجعل المستهلك يحجم هن المطالبة بحقوقه لدى المورد أو التاجر في التجارة الالكترونية[1].

وتهدف التعديلات المطلوبة من الدول حسب الاعتبار 51 من التوجيه الاوروبي 31/2000 إلى دعوة الدول الأعضاء إلى العمل على تعديل كل التشريعات التي من شأنها أن تعيق استعمال الطرق البديلة بطريقة الكترونية، وأن تحقيق نتيجة هذه التعديلات يجب أن يكون حقيقيا وفعالا وممكنا من جانب القانون وفي الواقع، من أجل عمل هذه الأجهزة وخاصة في المعاملات بين الدول الأعضاء.

كما دعا التوجيه الأوروبي، الدول إلى فحص فعالية هذه التعديلات والتأكد من فعاليتها. فمثلا عندما يوجب التشريع الوطني أن الشرط الاتفاقي في التحكيم مثلا، يجب أن يكون مكتوبا، يجب على الدول الأعضاء قبول الكتابة الالكترونية والاعتراف بها. وكذاك الشأن بالنسبة للتوقيع الالكتروني، يجب على كل الدول الأعضاء الاعتراف به عندما يوجب القانون الداخلي أن الاتفاق يجب أم يكون موقعا. وفي غياب هذا التنسيق فإن تعديل القوانين الداخلية بالنسبة لكل دولة على حدى لا معنى له.

وفي هذا الإطار صدر التنظيم الأوروبي رقم 2013/524 بتاريخ 21 ماي 2013، المتضمن التسوية على الخط لنزاعات المستهلك[2]، والذي يهدف إلى إيجاد مستوى عال من الحماية للمستهلكين، وتسهيل نشاط السوق الأوروبية الداخلية، و خاصة في بعدها الرقمي الالكتروني. حيث أنشأ هذا التنظيم أرضية أوروبية تعمل على حل النزعات التي تنشأ بين المستهلك والمهني، بطريقة مستقلة، محايدة، شفافة، فعالة، سريعة ومنصفة وهذا باستعمال الطرق البديلة على الخط[3].

ولقد لاحظ البرلمان الأوروبي أن المستهلك والمهني يجدان صعوبة في الوصول إلى حلول بديلة عن القضاء، وخاصة بالنسبة للنزاعات الالكترونية الناتجة عن المعاملات العابرة لحدود الدولة الأوروبية الواحدة، وأن كثير من هذه النزاعات تبقى بدون حلول. ولهذا فهو يسعى لإيجاد حلول لهذه النزاعات بطريقة بسيطة وغير مكلفة، وأن هذا من شأنه إعادة الثقة بين المستهلك والمهني في السوق الرقمية الموحدة[4].

ولقد عملت تشريعات الاتحاد الأوروبي، ومن بعدها القوانين الداخلية لكل دولة من دول الاتحاد، شيئا فشيئا على إزاحة العقبات القانونية التي كانت حجر عثرة أمام استعمال الطرق البديلة لحل النزاعات في البيئة التجارية الالكترونية، ومنها النزعات المصرفية والمالية على الانترنت. وفي هذا الإطار أصدر

---

[1]- Georges Daladier ABI-RIZK , op.cit, p 201.

[2]- Règlement (UN) N° 524/2013, relatif au règlement en ligne des litiges de consommation et modifiant le règlement N° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE. Disponible sur le site : https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR

[3]- Article 1, du règlement (UE) 524/2013,

[4]- Considérant 7, du règlement (UE) 524/2013,

الاتحاد الأوروبي كثيرا من التوجيهات والتنظيمات والتعليمات، منها النظام الأوروبي 257/98 مؤرخ في 30 مارس 1998، المتضمن المبادئ المطبقة على هيئات حل النزاع بالطرق البديلة للمستهلكين، ثم التوجيه الأوروبي المتعلق بالتجارة الالكترونية بتاريخ 8 جوان 2000، ثم أصدر التوجيه الأوروبي رقم 65/2002 المتضمن التسويق عن بعد للخدمات المالية للمستهلكين بتاريخ 23 سبتمبر 2002، ثم أصدر التوجيه 52/2008 المؤرخ في 21 ماي 2008، المضمن بعض أشكال الوساطة في المادة المدنية والتجارية. كما أصدر كما أصدر لاتحاد الاوروبي التوجيه رقم 2366/2015 المؤرخ في 25 نوفمبر 2015، المتضمن مصالح الدفع في السوق الداخلية، ولا سيما الفصل السادس منه المتضمن إجراءات حل النزعات بالطرق البديلة.

كما أصدر أيضا التوجيه رقم 11/2013 المؤرخ في 21 ماي 2013، السابق ذكره، والمتضمن التسوية بالطرق البديلة لنزاعات الاستهلاك، وأصدر الاتحاد الأوروبي أيضا التوجيه 2013/254، السابق ذكره، المؤرخ في 21 ماي 2013.

كل هذه القوانين الأوربية كان لها دور كبير في القضاء على الحواجز القانونية الموجودة في القوانين الداخلية لدول الاتحاد الأوروبي والتي كانت تعيق لجوء المستهلك، خصوصا، إلى الطرق البديلة الالكترونية لحل النزاعات المرتبطة بالتجارة الالكترونية بصة عامة ، وتقديم الخدمات المالية والمصرفية الإلكترونية على الخصوص.

ثانيا- ضرورة احترام مبادئ العمل من طرف الهيئات المكلفة بحل النزاع بالطرق البديلة

من أجل ضمان الاحترام التام للإجراءات من طرف الهيئات والمراكز والمؤسسات التي تقوم بحل النزاعات بطرق بديلة، والتي يمكن أن يلجأ اليها المستهلك، جاءت توصية لجنة المجموعة الأوروبية رقم 257/98 المتعلقة بالمبادئ الطبقة على الهيئات المكلفة بحل نزاعات المستهلكين بالطرق البديلة [1]، بالمبادئ الأساسية المطبقة على الهيئات، وعددها سبعة مبادئ [2] وهي: مبدأ الاستقلالية، مبدأ الشفافية، مبدأ الوجاهية، مبدأ الفعالية، مبدأ المساواة، مبدأ الحرية، مبدأ التمثيل.

ومن جهتها توصية المجموعة الأوروبية رقم 301/2001 المتعلقة بالمبادئ المطبقة على الهيئات الغير قضائية المكلفة بالحل الاتفاقي لنزاعات المستهلك[3] ، المؤرخة في 04 أفريل 2001، جاءت هي الأخرى بأربعة مبادئ اضافية، هي[1] مبدأ الحياد، مبدأ الشفافية، مبدأ الفعالية، مبدأ الإنصاف.

---

[1]- Recommandation 98/257/CE, op.cit.

[2] - principe de l'indépendance, principe de transparence, principe de contradictoire, principe de l'efficacité, principe de l'égalité, principe de liberté, principe de représentation.

[3] - Recommandation 2001/31 du 4 avril 2001, de la commission, relative aux principes applicables aux organes chargés de la résolution consensuelle des litiges de consommation. Disponible sur le site : https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR

ولقد دعا التوجيه الأوربي رقم 52/2008، حول بعض مظاهر الوساطة في المواد المدنية والتجارية[2]، الدول الأعضاء إلى التكوين المستمر للوسطاء، من أجل السهر على أن تتم الوساطة في ظروف من الجدية، والكفاءة والحيادية اتجاه الأطراف[3].

ولقد لكان لانتشار هذه المبادئ بين هيئات حل المنازعات بالطرق البديلة في دول الاتحاد الاوروبي أثرا كبيرا في تسهيل إجراءات حل نزاعات المستهلكين في التجارة الالكترونية خارج القضاء، الشيء الذي أدى إلى خلق جو من الثقة لدى المستهلكين أيضا في إمكانية حل نزاعاتهم على مستوى كل دول الاتحاد الاوروبي بسهولة، وهذا بدوره أدى إلى زيادة الثقة في مقدمي خدمات التجارة الالكترونية والخدمات المالية على مستوى الاتحاد الاوربي.

ونظرا لأهمية هذه المبادئ في دعم عملية حل النزعات التي قد تنشأ عن العمليات المصرفية الالكترونية التي يقوم بها المستهلكون، خاصة عملية الدفع الالكتروني، وغياب نظيرا لهذه المبادئ في القانون الجزائري، نوجزها في ما يلي:

1- مبدأ الاستقلالية

استقلالية الهيئة المسؤولة عن الحلول البديلة للنزاعات في اتخاذ القرار، تهدف إلى حيادية النشاط. عندما يكون متخذ القرار شخص واحد، يجب أن تتوفر لديه القدرة والخبرة والمؤهلات، خاصة في الجانب القانوني الضروري للقيام بالمهمة. وعندما يتم تعيين أو تخليص الشخص الفاصل في النزاع من طرف جمعية مهنية أو شركة، يجب أن لا يكون قد عمل لصالح هذه الجمعية المهنية أو الشركة خلال السنوات الثلاث الماضية. عندما يتم اتخاذ القرار بطريقة جماعية، استقلالية الهيئة المسؤولة عن اتخاذ هذا القرار، تكون بالتمثيل المتساوي للمستهلكين والمهنيين[4].

مفاد هذا المبدأ، ضرورة غياب الروابط، أي أن الهيئة المخولة لتقديم الحل للنزاع، يجب أن تقدم ضمانات عن استقلاليتها عن الأطراف، وذلك بعدم وجود روابط أو قرابات أو مصالح شخصية أو مهنية مع أحد الأطراف[5].

[1] - principes : Impartialité, Transparence, Efficacité, Equité,
[2]- Directive 2008/52/CE, op.cit.
[3]- Article 4-2 du directive 2008/52/CE, op.cit.
[4]- Recommandation 98/257/CE, op.cit p 33.
[5]- Idem.

2- مبدأ الشفافية

نصت على ضرورة توفر مبدأ الشفافية لدى الهيئات المكلفة بحل النزعات بالطرق البديلة، كلا من التعليمتين الأوروبيتين 257/98 و31/2000 السابقتين. يمكن إجمال أهم ما جاء فيهما كما يلي:

يجب إيجاد الوسائل المناسبة التي تضمن الشفافية، ومن هذه الوسائل، يجب توفر المعلومات الدقيقة حول النزاعات التي يمكن أن تقوم بحلها الهيئة، والامتداد الجغرافي لعملها وكذا حدودها في ما يخص قيمة النزاع.

كما يجب العلم بطرق إخطار الهيئة، والاجراءات المسبقة التي يمكن أن يقوم بها المستهلك، وبقية الاجراءات الكتابية أو الشفوية، واللغة المستعملة وتكاليف الفصل في النزاع وامكانية تقاسم التكليف. ويجب الاعلام عن طبيعة القواعد القانونية التي يؤسس عليها القرار، التشريعات، مبادئ العدالة والنصاف وغيرها، وكذا طريقة اتخاذ القرار داخل الهيئة، و جال الفصل في النزاع.[1]

كما يجب على الهيئة تقديم المعلومات المتعلقة بالقيمة القانونية للقرار، خاصة إذا كانت ملزمة للمهني أم ملزمة للطرفين، والعقوبات المطبقة في حالة عدم الامتثال للقرارات الملزمة، وطرق الطعن الممكنة للطرف الذي لم يرضيه القرار.

كما طلبت تعليمة الاتحاد الأوروبي 257/98 من هيئات حل النزعات بالطرق البديلة، ضرورة نشر تقرير سنوي يتضمن القرارات التي أصدرتها، حتى يتم تقييم النتائج ومعرفة النزاعات التي يتم طرحها[2].

3- مبدأ الوجاهية

ويقصد به، أن الاجراءات المتبعة يجب أن تضمن، لجميع الأطراف المعنية، تبليغ وجهات نظرها للهيئة المسؤولة، كما يجب أن تمكن كل طرف من الاطلاع على مواقف الطرف الآخر، ودفوعه المقدمة، والآراء المحتملة للخبراء[3].

4- مبدأ الفعالية

تكون الاجراءات فعالة، عندما تضمن الهيئة ما يلي[1]:

---

[1]- Recommandation 2001/310/CE, op.cit, p 60
[2]- Recommandation 98/257/CE, op.cit p 33.
[3]- Ibid, p 34

- يمكن للمستهلك الدخول إلى الاجراءات بدون وجود الممثل القانوني،
- مجانية الإجراءات، أو تحديد تكلفة مناسبة،
- تحديد أجل قصيرة بين تاريخ أخطار الهيئة وتاريخ اتخاذ القرار،
- إعطاء الهيئة دور إيجابي، يمكنه من إيلاء اعتبار لكل العناصر الضرورية لحل النزاع.

ولعله من أهم أسباب اختيار المتنازعين للوسائل البديلة لحل المنازعات، موضوع فعالية هذه الوسائل مقارنة بالطريق القضائي.

5- مبدأ المساواة

نتيجة قرار الهيئة المكلفة بالفصل في النزاع بالطرق البديلة الالكترونية لا يجب أن تحرم المستهلك من الحماية المقررة بموجب الإجراءات الآمرة لدولة مقر الهيئة، بالنسبة للنزاعات العابرة للحدود. كما أن نتيجة قرار الهيئة لا يجب أن تحرم المستهلك من الحماية المقررة بموجب قانون الدولة العضو، حيث تكون للمستهلك إقامة دائمة.

ويتضمن مبدأ المساواة أيضا حسب تعليمة الاتحاد الأوروبي السابقة الذكر، أن كل القرارات يجب أن تكون مسببة، وترسل كتابيا، أو بأية طريقة مناسبة، والتي يقصد بها المراسلات الالكترونية، إلى الأطراف المعنية في آجال معقولة[2].

6- مبدأ الحرية

قرار الهيئة لا يمكن أن يكون ملزما للأطراف، إلا إذا تم إعلامهم مسبقا، وقبلوا القرار الملزم. كما أن قرار المستهلك بالانخراط في الطرق البديلة لحل النزاعات، لا يجب أن يكون سابقا لحدوث النزاع، عندما يكون هذا القرار من شأنه أن يحرم المستهلك من حقه في اللجوء إلى القضاء المختص لحل نزاعه قضائيا.

7- مبدأ التمثيل

يضمن مبدأ التمثيل، أنه لا يمكن حرمان الأطراف من حق التمثيل أو مرافقة "الآخر"، في أية مرحلة كان فيها النزاع.

ويمكن أن يكون "الآخر" المقصود هنا، محامي أو قريب أو جمعية حماية المستهلك أو مهني أو غيرهم، ممن يمكن أن يستعين بهم الأطراف[1].

---

[1]- Idem.
[2] - Recommandation 2001/310/CE, op.cit, p 60.

الفرع الثاني

الصلح والوساطة بطريقة الكترونية

عند دراسة الطرق البديلة لحل النزاعات بطريقة الكترونية، يبدو أنه من الضروري التفرقة بين الطرق التي تكون قراراتها غير ملزمة للطرفين، حيث لا يلزم الوسيط أي من الطرفين بتنفيذ الحل الذي توصل إليه، كما لا يلزم أحد الطرفين المتنازعين بتنفيذ اتفاق الصلح الذي توصلا إليه، والتحكيم حيث تكون نتائجه في معظم الحالات ملزمة للطرفين. على هذا نتناول أولا، الصلح الالكتروني في منازعات العلميات المصرفية الالكترونية، ونتناول ثانيا، الوساطة الالكترونية.

أولا- الصلح الالكتروني في منازعات العمليات المصرفية الالكترونية

سبق أن قلنا أن الفقه يقسم الصلح إلى قسمين، صلح اتفاقي، يكون بسعي من الخصوم، وصلح قضائي يكون تحت إشراف القضاء، كما سبق وأن قلنا أن الصلح الاتفاقي هو المقصود دراسته كطريق بديل من طرق حل المنازعات بعيدا عن القضاء.

وعليه يمكن التساؤل عن مدى امكانية خضوع هذا النوع من الصلح للوسيلة الإلكترونية؟ أو هل يمكن القيام بالصلح الكترونيا في منازعات التجارة الالكترونية عموما، وفي المنازعات المصرفية والمالية خصوصا؟

من ناحية المبدأ، لا يوجد ما يمنع من أن يكون الصلح في أي مادة كانت، حسب نص المادة 04 من قانون الاجراءات المدنية والادارية التي تنص على: "يمكن للقاضي إجراء الصلح بين الأطراف أثناء سير الخصومة في أية مادة كانت". وعليه يمكن إجراء الصلح في المنازعات التجارية ومنازعات الخدمات المصرفية والمالية، سواء أجريت بطريقة عادية أو الكترونية.

غير أن السؤال الثاني الذي يجب طرحه في هذا الإطار، هو ما مدى توافر شروط الصلح المحددة في القانون الجزائري، في المنازعات الالكترونية؟

هذا يدعونا للتفرقة بين نوعي الصلح، الاتفاقي والقضائي. فبالنسبة للصلح الاتفاقي، فقد حدد له القانون الجزائري شروطا عامة، يمكن إجمالها في[2]:

- وجود نزاع بين طرفين؛
- أن لا يتعلق النزاع بالحالة الشخصية، ولا بالنظام العام؛

---

[1] - Recommandation 98/257/CE, op.cit p 34.

[2]- أنظر المواد من 459 إلى 461 من القانون المدني.

- أن يكون الطرفان أهلا للتصرف بعوض في الحقوق؛
- توافر نية الأطراف في حل النزاع وديا، خارج القضاء؛
- التنازل المتبادل للأطراف عن بعض حقوقهم.

والملاحظ أن هذه الشروط هي شروط عامة تنطبق على أية خصومة كانت، ولا تتعلق بالوسيلة المستعملة، ومن ثم يمكن القول أنه لا يوجد ما يمنع من أن يكون الصلح في المنازعات التجارية[1] والمصرفية الكترونيا.

غير أن تنظيم الصلح في منازعات التجارة الالكترونية ومنازعات العمليات والخدمات المصرفية الالكترونية، لا تكفيه مواد عامة في القانون المدني، بل يجب تنظيم ذلك بموجب نصوص خاصة في قانون التجارة الالكترونية أو قانون الاجراءات المدنية والادارية، أو قانون النقد أو غيرها من القوانين ذات الصلة. وعليه يمكن القول أنه لا يوجد في القانون الجزائري ما ينظم ويضبط الصلح الالكتروني كطريق بديل لحل منازعات العمليات المصرفية الالكترونية.

ثانيا– الوساطة الالكترونية في منازعات العمليات المصرفية

لم يشر قانون الاجراءات المدنية الادارية، ولا غيره من القوانين ذات الصلة التي صدرت بعده، خاصة قانون التوقيع والتصديق الالكترونيين، ولا قانون التجارة الالكترونية إلى الوساطة كطريقة بديل لحل النزاعات في البيئة الالكترونية.

من جهته المرسوم الفرنسي رقم 2012-66 المتعلق بالتسوية الودية للنزاعات، ورغم أنه جاء لمطابقة التوجيه الأوروبي رقم 52/2008 للبرلمان والمجلس الأوروبي، حول بعض مظاهر الوساطة في المواد المدنية والتجارية، السابق ذكره، وحيث أنه ذكر أنواعا من الوساطة، غير أنه لم يفصل الوساطة الالكترونية[2]، ومنه لا يمكن مطابقته على البيئة الالكترونية الافتراضية. هذا ما يدل على أن كلا من القانونين الجزائري والفرنسي بعيدين عن تنظيم إجراءات حل المنازعات الناشئة في البيئة الالكترونية، والمتعلقة بالمنازعات البنكية والمالية خصوصا، أو منازعات التجارة الالكترونية عموما.

وإذا كان الهدف من الطرق البديلة لحل المنازعات هو البعد عن الإجراءات القضائية بكل شكلياتها، الطويلة والمعقدة المصاحبة لمختلف مراحل عرض النزاع على القضاء، فإن الهدف من البحث عن الإطار القانوني لتسوية المنازعات المصرفية والمالية الناشئة في بيئة الكترونية هو تسوية النزاع في البيئة الذي نشأت فيها. هذه النزاعات نشأت عن تنفيذ عقود عمليات أو خدمات بنكية الكترونية، فيجب

[1]- حابت أمال، مرجع سابق، ص 120

[2]- Fatima Zohra Boulaich Bayssa, Op.cit , p 352

تسويتها بطرق الكترونية من غير لقاء المتنازعين، ولا الانتقال إلى مكان إجراء الوساطة أو التحكيم. نتناول في ما يلي تعريف الوساطة الالكترونية وتحديد خصائصها وكذا تفصيل اجراءاتها.

أ- تعريف الوساطة الالكترونية

لا تختلف الوساطة الالكترونية في جوهرها عن الوساطة العادية أو التقليدية التي تم تعريفها سابقا، إلا من خلال الوسيلة الالكترونية المستعملة لحل النزاع، وعدم التقاء الأطراف أو ممثليهم مجلس الوساطة لحل النزاع. فهي تجرى في بيئة الكترونية افتراضية دون الحضور المادي للأطراف، تماما كما تم ابرام العقد الالكتروني، محل النزاع، دون التقاء أو حضور فعلي للأطراف.

وقد عرف بعضهم الوساطة الالكترونية على أنها: "اتصال طرف ثالث محايد مع طرفي النزاع على شبكة الانترنت من أجل الوصول إلى تسوية نهائية لهذا النزاع"[1]. كما عرفها البعض أيضا على أنها: "وسيلة لحل نزاعات عقود التجارة الإلكترونية، والعقود الالكترونية عموما، عبر استخدام الوسائل التكنولوجية وعلى رأسها شبكة الانترنت، حيث تكون الاستعانة من قبل الطرافين المتنازعين بوسيط لا يقوم باتخاذ القرار لحل النزاع لكنه يساعدهما على إيجاد حل مقبول لكل منهما بشكل محايد"[2].

غير أن تركيز هذه التعاريف على الوسيلة الالكترونية، لتعريف الوساطة الالكترونية، يجعلها قاصرة، في نظرنا، ذلك لأنه يمكن ارسال أو استقبال المستندات بطريقة الكترونية، وهذا لا يجعل الوساطة الالكترونية، كما أن هذه الوساطة قد تجرى بطرق الكترونية لكن لعقد غير الكتروني.

وعليه يمكن تعريف الوساطة الالكترونية، في هذا السياق، على أنها طريقة من الطرق البديلة لحل النزعات بعيدا عن القضاء، تقتضي تدخل طرف ثالث لحل نزاع ناشئ عن عقد الكتروني متعلق بعملية أو خدمة مصرفية أو مالية، بحيث تكون حدود الوسيط التقريب بين وجهات نظر الأطراف، ويجب أن تتم مختلف مراحل هذه الوساطة بطريقة الكترونية ودون الحضور المادي للأطراف لمجلس حل النزاع.

من خلال هذا التعريف يمكننا تحديد خصائص الوساطة الالكترونية، كإجراء بديل لحل نزاعات العمليات والخدمات المصرفية والمالية، ثم الحديث عن إجراءات الوساطة الالكترونية.

ب- خصائص الوساطة الالكترونية لحل منازعات العمليات المصرفية الالكترونية

يمكن إجمال أهم خصائص الوساطة الالكترونية، كإجراء بديل لحل منازعات العمليات والخدمات المصرفية والمالية الالكترونية في ما يلي:

---

[1]- نقلا عن محمد أوزا و يوسف مسعودي، مرجع سابق، ص 147.

[2]- عبد الباسط جاسم محمد، مرجع سابق، ص 505.

1- الوساطة الالكترونية طريق بديل لحل النزاعات، يعتمد على إرادة الطرفين، مع تدخل وسيط محايد، دون المساس بحق التقاضي، وقد نص القانون الفرنسي على أنه لا يمكن لأحد الطرفين اجبار الطرف الآخر على الذهاب حصرا للوساطة ومنعه من الالتجاء للقضاء[1].

2- يجب أن يتعلق موضوع النزاع بعقد الكتروني موضوعه عملية مصرفية أو خدمة بنكية أو مالية، تم ابرامه بين بنك أو مؤسسة مالية من جهة وتاجر مهني، أو مستهلك من جهة أخرى. سواء كان للطرفين إقامة في نفس الدولة، أو لهما إقامتين في دولتين مختلفتين.

3- يتم استخدام الوسائل الالكترونية، التي تعتبر الأنترنت أهما، في مختلف مراحل حل النزاع بين الطرفين، بداية من الاتفاق على الوساطة الالكترونية، كبند من بنود العقد الالكتروني، إلى إعلان الأطراف قبولهم أو عدم قبولهم، بحل الوسيط الالكتروني.

4- عدم التقاء مختلف أطراف الوساطة، بمن فيهم الوسيط، في مجلس واحد، وإنما تتم العملية من خلال تبادل المستندات والوثائق، ومختلف المراسلات الكترونيا، ومن خلال موقع خاص محفوظ بكلمة مرور سرية. كما يمكن أن تكون المناقشات عن طريق "الفيديو كونفرانس".

5- الحرية المطلقة لأطراف النزاع في اختيار القواعد الاجرائية التي تناسبهم وتتناسب مع طبيعة المنازعة البنكية أو المالية على شبكة الانترنت، وذلك من خلال مرونة هذه الاجراءات، فلا يوجد في الوساطة، كأصل عام، إجراء شكلي يترتب عن عدم القيام به بطلان العملية بأكملها، إنما إرادة الأطراف هي السيدة في هذا الموضوع.

6- رغم هذه المرونة وحرية الاجراءات التي تتميز بها الوساطة الالكترونية، إلا أنه لا بد من الاتفاق سلفا على قواعد محددة يجب أن يلتزم بها الأطراف، لعل أهمها المدة اللازمة لإجراء الوساطة[2]، ويحاولون حل النزاع من خلال الاحتكام إليها، بمساعدة الوسيط. يقوم الأطراف بتحديد هذه القواعد بأنفسه، لكن بصفة عامة تحدد هذه القواعد من طرف مراكز ومؤسسات الوساطة بأصل عام[3]، وذلك نظرا لخبرتها الطويلة في الحلول البديلة للنزاعات.

---

[1] - Article L 152-4 de l'ordonnance N° 2015-1033 du 20 aout 2015, relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation :
Est interdite toute clause ou convention ou obligeant le consommateur, en cas de litige, à recourir obligatoirement à une médiation préalablement à la saisine du juge.

[2]- تنص المادة 04 فقرة 2 من قانون الأونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي لسنة 2002، على: "إذا لم يتلق الطرف الذي دعا طرفا آخر إلى التوفيق (الوساطة) قبولا للدعوة في غضون ثلاثين يوما من اليوم الذي أرسلت فيه الدعوة، أو في غضون مدة أخرى محددة في الدعوة، جاز للطرف أن يعتبر ذلك رفضا للدعوة إلى التوفيق".

[3]- محمد أوزا و يوسف مسعودي، مرجع سابق، ص 148.

7- تنتهي عملية الوساطة عموما، بإعلان الوصول إلى حل معين وابرام الاتفاق في ذلك، من غير أن يكون للوسيط دور في اجبار الأطراف على رأي أو حل معين. أو إعلان عدم الوصول إلى اتفاق بين الطرفين، وقد يكون إعلان عدم الوصول إلى الوساطة، صادرا عن الوسيط، أو عن الطرفين، أو عن طرف واحد[1].

ج- إجراءات الوساطة الالكترونية

وسع التنظيم الأوروبي 254/2013 السابق ذكره، من استعمال الطرق البديلة للنظر في النزاع المعروض من طرف المستهلك ضد المهني، إلى إمكانية نظر النزاع المعروض من طرف المهني ضد المستهلك[2]، لأنه لا يجب دائما النظر إلى المستهلك على أنه هو دائما الضحية في مواجهة المهني. ويتوقف القيام بذلك على قبول التشريعات الداخلية للدولة التي يقيم بها المستهلك إقامة دائمة، حيث يجب أن تسمح بأن هذا النوع من النزاعات يمكن النظر فيه بواسطة هيئات حل النزاعات بالطرق البديلة. وعلى الدول الأعضاء أن تبين ما إذا كانت تشريعاتها تسمح بذلك أم لا. كما أن عليها أن تحدد الهيئات التي بإمكانها القيام بذلك[3]. وهذا خلافا لما جاء في التوجيه الأوروبي 11/2013، السابق ذكره، حيث تم استثناء المنازعات المثارة من طرف المهني ضد المستهلك من النظر فيها بالطرق البديلة المنظمة بموجب هذا التوجيه[4].

تتم الوساطة الالكترونية عبر استعمال الوسائل الالكترونية في كل المراحل، كما ذكرنا ذلك سابقا، وأهم هذه الوسائل هي الانترنت. وتكون البداية من الطرف الشاكي، الذي قد يكون المستهلك أو المهني، عن طريق تقديم طلبا للمركز وفق النموذج الموجود على موقع المركز، يتضمن هذا الطلب جميع البيانات الشخصية، وطرق الاتصال البريدية والإلكترونية لأطراف النزاع. كما يتضمن الطلب عرضا موجزا لموضوع النزاع.

يقوم المركز بدراسة الطلب الإلكتروني، فإذا وجد أنه يدخل في اختصاصه، فإنه يخبر المرسل بتلقي الطلب وقبول النظر في النزاع. ثم يخبر الطرف الآخر، أو المشتكى منه، والذي عادة يكون تاجرا أو مهنيا. فإذا لم يعترف هذا الطرف بوجود النزاع أو رفض الوساطة الالكترونية، فإن إجراءات الوساطة تنتهي عند هذا الحد[5].

---

[1]- المادة 11 من قانون الأونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي، المرجع سابق.

[2]- Article 2-2 du règlement 254/2013, op.cit

[3]- Ibid, Article 2-3.

[4]- Article 2-2 de la directive 2013/11 :

la présente directive ne s'applique pas :

g) aux procédures introduites par un professionnel contre un consommateur.

[5]- محمد أوزا و يوسف مسعودي، مرجع سابق، ص 152.

أما إذا تجاوب الطرف الثاني إيجابيا مع الوساطة الالكترونية وقبل الدخول فيها بغية تسوية النزاع، عن طريق البوابة الالكترونية للمركز، يقترح المركز على الطرفين قائمة الوسطاء، الذين عادة ما يكونون هيئات أو مؤسسات مختصة في الحلول البديلة للنزاعات. فإذا قبل الأطراف بهذا الوسيط، يقومون بدفع تكاليف الوساطة، التي عادة ما تكون منخفضة، وقد تكون مجانية كما هو الحال في حالات الوساطة التي يكون أحد طرفيها مستهلكا[1].

بعد اتفاق الطرفين على الوسيط ودفع التكاليف، يقوم الوسيط بفتح ملف للقضية على الموقع، مع إعطاء كلمة المرور لكل طرف، وهنا تبدأ مهمة الوسيط، حيث يقوم بمناقشة موضوع النزاع وتحديد المسائل الجوهرية محل الخلاف، كما يتم الاتفاق على مواعيد جلسات الوساطة التي تكون عادة الكترونية بدون حضور الأطراف ولا ممثليهم مجلس الوساطة، حيث يمكنهم ارسال وتبادل المذكرات والملفات الكترونيا، كما يمكنهم عقد جلسات مباشرة إما بالصوت أو بالصوت والصورة، وهذا بواسطة وسائل الاتصال الحديثة.

كما يمكن للوسيط استخدام آلية الاجتماع المنفرد مع كل طرف على حدى. وإذا اتضح له أن المناقشات وصلت للنهاية يقوم بصياغة مشروع اتفاق وعرضه على الأطراف للتوقيع عليه. فإذا قبل الأطراف بالحل المقترح من طرف الوسيط ووقعوا عليه، هنا يخبر الوسيط المركز بالاتفاق المتوسل إليه، وتكون عملية الوساطة قد وصلت إلى نهايتها والنزاع تم حله وديا. يجب على الاطراف الالتزام بتنفيذ الاتفاق الذي تم التوصل إليه بموافقة الوسيط. وفي حالة عدم قبول الأطراف للحل المقترح من طرف الوسيط، يخطر هذا الأخير المركز بعدم الوصول الى اتفاق، وبانتهاء دوره، ويقوم بإرجاع الملفات والمستندات والمذكرات إلى طرفي النزاع، ومنه تكون اجراءات الوساطة الالكترونية قد تمت دون الوصول الى اتفاق.

الفرع الثالث

التحكيم الالكتروني في منازعات العمليات المصرفية

ذكرنا سابقا أن البنوك والمؤسسات المالية، لا ترغب عادة في الالتجاء إلى التحكيم كوسيلة بديلة لحل منازعاتها مع المتعاملين معها، فهي تفضل اللجوء إلى الوساطة لحل منازعاتها مع المستهلك في المبالغ المالية التي تكون عادة صغيرة، وتفضل اللجوء إلى القضاء العادي للدولة لحل منازعاتها مع المهنيين أو الشركات أو المؤسسات في حالة كون المبالغ المالية كبيرة.

[1] Article 5-2 du règlement 254/2013, op.cit.

كما ذكرنا أيضا أن هذه النظرة للبنوك اتجاه التحكيم كوسيلة لحل منازعاتها بدأت تتغير، وبدأت البنوك والمؤسسات المالية تلجأ تدريجيا لحل بعض منازعاتها، خاصة مع الدول والحكومات، عن طريق التحكيم.

ومن خلال هذا الفرع نريد الإجابة عن سؤال، ما مدى امكانية اجراء التحكيم الالكتروني لحل منازعات العمليات والخدمات المصرفية الالكترونية؟ أو هل يمكن حل منازعات العمليات والخدمات المصرفية التي تمت عقودها بطريقة الكترونية، هل يمكن حل هذه المنازعات باستعمال التحكيم الالكتروني؟

للإجابة على هذا السؤال من خلال هذا الفرع، نتناول مفهوم التحكيم الالكتروني أولا، ثم خصائص هذا التحكيم الالكتروني ثانيا، على أن نفصل في الإجراءات الخاصة به ثالثا.

أولا- مفهوم التحكيم الالكتروني

يمكن تعريف التحكيم الالكتروني على أنه اتفاق أطراف علاقة قانونية، عقدية أو غير عقدية، على تسوية منازعاتهم القابلة للتحكيم، التي تنشأ أو يمكن أن تنشأ بينهم، عن طريق هيئة تحكيم الكتروني من اختيارهم، تطبق القانون الاتفاقي وضمانات التقاضي، لإصدار حكم تحكيم الكتروني ملزم، بدلا من الالتجاء إلى المحكمة القضائية المختصة، ويكون ذلك باستعمال وسائل الاتصال الالكترونية[1].

وإذا كان التحكيم التقليدي يبدأ باتفاق، ويمر بإجراءات، وينتهي بحكم ملزم، فكذلك التحكيم الالكتروني. حيث يبدأ باتفاق طرفي النزاع على اللجوء إلى التحكيم الالكتروني، بموجب العقد الالكتروني الذي تم بينهما، أو بعده عند نشوء النزاع، ويكون ذلك بملء نموذج الطلب الذي يضعه مركز التحكيم على الموقع الخاص به على شبكة الانترنت. ثم يمر التحكيم الالكتروني بسلسلة من الاجراءات بطريقة الكترونية وبدون حضور الأطراف لعقد الجلسات، وينتهي التحكيم الالكتروني بصدور حكم يفصل في اصل النزاع، يكون ملزما لكل الأطراف.

وعلى هذا يختلف التحكيم الالكتروني عن التحكيم التقليدي من حيث البيئة الافتراضية التي يتم فيها هذا التحكيم، والوسيلة المستعملة والتي هي عادة الانترنت، وطبيعة العقد محل التحكيم وهو العقد الالكتروني. فلا وجود للكتابة العادية والمستندات الورقية، ولا حضور للأطراف أو ممثليهم ولا الشهود ولا الخبراء لمجلس التحكيم، ولا يوجد لقاء جسماني بيهم، ولا لقاء للأطراف بالمحكمين وهيئة المحكمة. لكن يتم ذلك كله في بيئة افتراضية، ينتج عنها حكم تحكيمي ينهي النزاع يكون ملزما للأطراف.

[1]- نقلا عن خيري عبد الفتاح السيد البتانوني، مرجع سابق، ص17.

غير أن الفقه اختلف في تعريفه للتحكيم الالكتروني، بين مفهوم موسع ومفهوم ضيق، ومرد هذا الاختلاف، هو الإجابة عن السؤال عما إذا كان التحكيم الالكتروني يجب أن تتم مختلف مراحله الكترونيا، أم يمكن أن تكون العملية الالكترونية مقتصرة على جزء أو إجراء أو مرحلة من مراحله فقط؟ وعلى هذا نتناول في ما يلي كلا من المفهومين الموسع والضيق للتحكيم الالكتروني.

أ- المفهوم الموسع للتحكيم الالكتروني

يرى أصحاب الاتجاه الموسع أن التحكيم الالكتروني لا يختلف عن الحكيم العادي أو التقليدي، إلا من حيث الوسيلة الالكترونية المستعملة في مختلف المراحل ومختلف الاجراءات، ففي الوسيلة الالكترونية لا وجود للأوراق ولا التقاء للأطراف. وعليه يمكن تعريف التحكيم الالكتروني على أنه: "طريقة لحل النزاعات تتم فيها جميع الاجراءات عبر شبكة الاتصالات الدولية الالكترونية". كما تم تعريفه أيضا، حسب هذا المفهوم على أنه: "التحكيم الذي تتم إجراءاته عبر شبكة اتصالات دولية بطريقة سمعية بصرية، ودون الحاجة إلى الوجود المادي لأطراف النزاع والمحكمين في مكان واحد"[1].

ويرى أصحاب هذا الرأي أن التحكيم يكون الكترونيا، سواء تمت كل مراحله وإجراءاته بطريقة الالكترونية كالبريد الالكتروني أو الفيديو كونفرانس، أم اقتصر استعمال الوسائل الالكترونية على مرحلة أو بعض مراحله فقط، أيا كانت تلك المرحلة، وتتم بقية المراحل بطريقة تقليدية، كما قد تتطلب الجلسات حضور بعض الأطراف[2].

ب- المفهوم الضيق للتحكيم الالكتروني

يرى أصحاب الاتجاه الضيق لمفهوم التحكيم الالكتروني أنه لا يمكن إضفاء الصفة الالكترونية عليه لمجرد أن مراحله أو إجراءاته، كلها أو بعضها، تمت بطريقة الكترونية، عن طريق وسائل الاتصال الحديثة. فعادة ما تتم تبادل الرسائل والبيانات في مختلف الطرق البديلة لحل المنازعات، بطرق الكترونية، عن طريق الانترنت أو البريد الالكتروني، في إجراء من إجراءاته، ولكن لا يمكن أن نقول أن هذه الطريقة الكترونية، لهذا السبب الوحيد. وعليه يرى أصحاب الاتجاه الضيق، أن التحكيم الالكتروني، هو التحكيم الذي تتم حل منازعاته الناشئة عن عقد أو صفقة الكترونية، بطريقة الكترونية، وذلك في مختلف المراحل والاجراءات التي يمر بها التحكيم[3].

ورغم أنه تمت توجيه انتقادات لكل رأي من الرأيين، الموسع والمضيق، لكن ما يعنينا أن موضوع التحكيم الالكتروني محل الدراسة، هو عقود العمليات والخدمات المصرفية والمالية الالكترونية، بين البنك

---

[1]- نقلا عن صفاء فتوح جمعة فتوح، مرجع سابق، ص385.
[2]- خيري عبد الفتاح السيد البتانوني، مرجع سابق، ص 19.
[3]- صفاء فتوح جمعة فتوح، مرجع سابق، ص285.

أو المؤسسة المالية والعميل، والتي تمت كلها بطريقة الكترونية، كما وضحنا ذلك سابقا، سواء في مرحلة ابرام العقد، أو في مرحلة تنفيذه.

وسواء كانت اتفاقية التحكيم على شكل شرط أو مشارطة، أي تم النص على اللجوء إلى التحكيم بموجب بند في العقد الالكتروني السابق لنشوء النزاع، أو تم الاتفاق على اللجوء إليه بعد حدوث النزاع، فإن هذا البند يجب أن يكون مكتوبا، ويتضمن تحديد الجهة أو مركز التحكيم الالكتروني المختار من الطرفين، أو طريقة اختياره، ومكان التحكيم ومختلف البنود التي يتفق عليها الطرفان. كما يجب أن يكون موقعا عليه من الأطراف بطريقة الكترونية، شأنه شأن العقد الالكتروني الأصلي المبرم بين البنك والعميل، سواء كان العميل مستهلكا أو مهنيا.

ثانيا– خصائص التحكيم الالكتروني

قبل أن نتناول الحديث عن خصائص التحكيم الالكتروني كإجراء بديل لحل المنازعات المصرفية والمالية على شبكة الانترنت، نشير إلى أهم خصائص الحكيم التقليدي، والتي جعلته كوسيلة مفضلة لفض النزاعات بعيدا عن القضاء.

تدفع خصائص أو مزايا كل نظام قانوني الأطراف المتنازعة إلى اللجوء إليه، وتبنيه كآلية لتسوية النزاعات الناشئة بينها، كما تدفع عيوبه هذه الأطراف إلى الاحجام عنه، واختيار وسيلة أخرى لتسوية النزاع. ولقد ذكرنا فيما سبق بعض الأسباب التي جعلت التحكيم وسيلة غيرة مفضلة لتسوية النزاعات المصرفية الناشئة بين البنوك وعملائها، كما ذكرنا التحول التدريجي لموقف البنوك من التحكيم وأسباب أو المزايا التي جعلت البنوك والمؤسسات المالية تغير موقفها منه. ونذكر في ما يلي أهم خصائص التحكيم الالكتروني بصفة عامة، بغض النظر عن موضوع المنازعة أن كانت متعلقة بالتجارة الالكترونية، بصفة عامة أو متعلقة بالخدمات البنكية والمالية، بصفة خاصة.

أ– السرعة

تعتبر السرعة صفة مميزة للتحكيم كإجراء بديل لحل المنازعات، بصفة عامة، وهذا مقارنة مع إجراءات التقاضي البطيئة الطويلة والمعقد، الناتجة عن ضرورة احترام المواعيد، وانتهائها للمرور للإجراء التالي، وكذا طول مدة الفصل في القضية الناتج عن العدد الهائل من القضايا المطروحة أمام القاضي. وإذا تم الفصل في القضية وصدر الحكم، فإن للطرف الذي لم يرض بالحكم الحق في الطعن في الحكم باستئنافه أو معارضته، ويجب انتظار الآجال اللازمة لذلك، لاستصدار الحكم النهائي، كما يمكن الطعن فيه ايضا بالطرق العادية، وهذه كلها تتطلبا وقتا طويلا.

فطول هذه المدة لاستصدار الحكم القضائي في المنازعة المدنية أو التجارية، وما يمكن أن ينتج عنه من أضرار لهذه الأطراف، جعلهم أو يفضلون يلجؤون إلى التحكيم، الذي عموما تكون فيه المدة الممنوحة للمحكمين لاستصدار الحكم محددة ومعلومة مسبقا[1]. هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن الوسيلة الالكترونية التي يتميز بها التحكيم الالكتروني، وسرعة تبليغ الوثائق والمستندات وسرعة الاتصال بين مختلف الأطراف ومركز التحكيم الالكتروني، وكذا سرعة وسهولة الاتصال بين الأطراف والخبراء والمحكين في البيئة الافتراضية، كل هذا جعل للتحكيم الالكتروني سرعة مضاعفة في الفصل في النزاعات بين الأطراف، وبالتالي طريقة بديلة مفضلة ومرغوبة لحل النزعات.

ب- سرية جلسات التحكيم

يرفض أصحاب المؤسسات الاقتصادية والتجارية عموما، مبدأ علنية الجلسات المقررة في المحاكم، لذلك يحرصون على الحصول على حل نزاعاتهم في سرية تامة، هذه السرية متوفرة في الطرق البديلة لحل النزاعات عموما والتحكيم خصوصا، وكذلك لقناعتهم أن السرية تحد من انتشار وتضخم النزاع وتؤدي إلى التسوية الودية وتحافظ على سمعتهم التجارية[2]، وهذا على اعتبار أن جلسات التحكيم التقليدي يحظرها الأطراف والخبراء والمحكمون فقط، على عكس جلسات المحاكم التي يحظرها الجمهور.

وتزداد أهمية سرية الجلسات عندما يتعلق الأمر بمنازعات ذات طابع مالي، خاصة عندما تكون المبالغ المالية كبيرة، وعندما تكون أطراف النزاع بنوكا أو مؤسسات مالية. ولهذا كان لمبدأ السر المصرفي أهمية كبيرة واعتبارا كبيرا في العمل المصرفي، فهو يحمي الحرية الشخصية في أن ينفرد الشخص بذمته المالية بعيدا عن معرفة الآخرين[3]. كما أن مبدأ السر المصرفي يحمي حقوق ومصالح الأفراد والشركات.

من جهة أخرى فإن التحكيم الالكتروني يجري في بيئة افتراضية الكترونية بعيدا عن أعين الفضوليين، حيث يكون لكل طرف في القضية كلمة سر تمكنه وحده فقط الولوج لملف القضية التي تعنيه ومباشرة أعماله وتقديم مستنداته ودفوعه من خلال موقع الانترنت لمركز التحكيم. ولهذا فإن التوجيه الأوروبي 524/2013 السابق ذكره، دعا اللجنة الأوروبية إلى إيجاد الاحتياطات التقنية والتنظيمية المناسبة لحماية المعطيات الشخصية[4]. كما دعا التنظيم الأوروبي 11/2013، من جهته أيضا، الهيئات

[1]- مدة استصدار الحكم في النزاعات المعروضة على الأرضية الأوروبية لتسوية النزاعات على الخط (RLL)، محدد بتسعين يوما ابتداء من تاريخ استلام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في قضية، لملف القضية، يمكن للمحكمة تمديد هذه المدة في حالة القضايا المعقدة، لكن يجب إخبار الأطراف بمقدار هذا التمديد. وهذا حسب نص المادة 09 من التوجيه الأوروبي 5214/2013 السابق ذكره.

[2]- صفاء فتوح جمعة، مرجع سابق، ص 299.

[3]- أرتباس نذير، العلاقة بين السر المصرفي و تبييض الأموال –دراسة مقارنة- أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، بدون تاريخ، ص361

[4]- Article 13-2 de la directive 2013/524:

Pour garantir la sécurité des informations traitées en vertu du présent règlement, la Commission prend

والمراكز المختصة بالحل البديل للمنازعات على الانترنت، إلى ضرورة أخذ الاحتياطات اللازمة لحماية المعطيات ذات الطاع الشخصي الالكتروني أثناء معالجة المعلومات، وهذا بما يتوافق مع التشريعات الداخلية للدول[1].

ج- توافر الخبرة التقنية والمعلوماتية

يسهل عرض منازعات الخدمات البنكية والمالية الناشئة عن عقود الكترونية على الانترنت، على التحكيم الالكتروني، من عملية إيجاد حل للنزاع من طرف المحكمين والمراكز المتخصصة في الوسائل البديلة لحل النزاعات الالكترونية، وذلك لكون هؤلاء المحكمين عادة ما يكونون مختصين ومطلعين على الوسائل التقنية المتطورة في مجال الإعلام والاتصال، كما يكونون عادة مختصين في موضوع النزاع المعروض عليهم، وهو النزاع البنكي والمالي في قضية الحال. وهذا بخلاف الحال بالنسبة للقضاة الذين يفتقرون للخبرة في المجالات التقنية والفنية، ولذا نراهم يقررون تعيين الخبراء حتى في المسائل الفنية البسيطة، الشيء الذي من شأنه تمديد مدة الفصل في النزاع وكذا زيادة تكاليف حله، نظرا لزيادة اتعاب الخبراء.

د- التقليل من التكاليف الباهظة

يتميز التحكيم الالكتروني بقلة التكاليف، مقارنة مع أحكام المحاكم، التي تتطلب محامين وخبراء ومصاريف التنقل ونقل المستندات، وحضور جلسات المحكمة، والخسارة التي يمكن أن تصيب الأطراف نتيجة المدة الطويلة التي يصدر فيها الحكم النهائي القابل للتنفيذ. كما يتميز التحكيم الالكتروني أيضا بقلة التكاليف مقارنة بالتحكيم التقليدي، لأن كل مراحل وإجراءات التحكيم تكون بطريقة الكترونية، حيث يتم الاقتصاد في كثير من المصاريف، وكما ذكرنا سابقا أن من خصائص التحكيم الالكتروني السرعة، والسرعة في الاجراءات هي اقتصاد وربح في المال بالمنطق التجاري.

كما أن كثيرا من مراكز التحكيم، تدعم التحكيم الالكتروني الذي يكون أحد طرفي النزاع فيه مستهلكا، حيث تكون مصاريف التحكيم زهيدة، نتيجة قلة القيمة المالية للبضاعة أو الخدمة محل النزاع، وفي أحيان كثير تكون عملية التحكيم وفض النزاع مجانية. وذلك كما هو الحال في الأرضية الأوروبية

---

les mesures techniques et organisationnelles appropriées, dont un contrôle approprié de l'accès aux données, un plan de sécurité et la gestion des incidents de sécurité, conformément à l'article 22 du règlement (CE) No 45/2001.

[1]- Article 5-2 du règlement 2013/11:

Les États membres veillent à ce que les entités de REL prennent les mesures nécessaires, quand elles traitent des litiges relevant de la présente directive, pour garantir que le traitement des données à caractère personnel respecte les règles de protection des données à caractère personnel établies par la législation nationale transposant la directive 95/46/CE dans l'État membre dans lequel l'entité de REL est établie. »

لحل النزاعات على الخط، حسب ما جاء به التنظيم الاوروبي[1] 524/2013. ولذا يمكن القول أن التحكيم الالكتروني يناسب المنازعات التي تثور بشأن مبالغ زهيد أو قليلة والتي تكون عادة بين المستهلك والمهني[2].

هـ- سهولة تنفيذ أحكام التحكيم في الخارج

يتجنب التجار في منازعات التجارة الدولية اللجوء إلى القضاء الوطني، وذلك لأن الحكم الذي تم استصداره بصعوبة، يصعب تنفيذه خارج إقليم الدولة التي أصدرته[3]. وعلى هذا الاساس يفضلون الفصل في منازعات التجارة الدولية بطريقة التحكيم، حيث يسهل تنفيذ الحكم الصادر عن محكمة التحكيم في كل الدول التي وقعت على اتفاقية نيويورك لسنة 1958، المتعلقة بالاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها.

تمنح هذه الاتفاقية للدول التي وقعت عليها، الاعتراف بقرارات التحكيم التي صدرت عن جهات تحكيم خارج حدودها الاقليمية، وهي بالتالي تعمل على تنفيذها، وهي بذلك تساعد على حل نزاعات التجارة الدولية بالطرق البديلة ومن ثم ازهار ونمو التبادل التجاري البضائع والخدمات، سواء بطريقة مادية أو في ميدان التجارة الالكترونية وعن طريق الانترنت.

ثالثا- إجراءات التحكيم الالكتروني

إجراءات التحكيم الالكتروني هي الخطوات العملية والمراحل التي تتم عبرها عملية التحكيم، من تحريك الدعوى إلى صدور حكم التحكيم الالكتروني. والأصل أن اتفاق التحكيم الالكتروني بين الطرفين هو الذي يحدد هذه الإجراءات، ويحدد أيضا مركز التحكيم الالكتروني المختص، وكذا القانون المطبق، وغيرها من المسائل التحكيمية. غير أنه في كثير من الأحيان وعند عدم تحديد الاجراءات من طرف المتنازعين، فإن مركز التحكيم المختار هو الذي يتولى تنفيذ الإجراءات وفق ما ينص عليها نظام التحكيم الخاص به.

نتناول نموذج إجراءات التحكيم الالكتروني، من خلال ما حددته التنظيم الأوروبي رقم 524/2013 من إجراءات لعمل الأرضية الأوروبية لحل النزاعات على الخط (Plateforme

---

[1]- Article 5-2 du règlement 2013/11:

La plateforme de RLL est un guichet unique pour les consommateurs et les professionnels souhaitant régler, par voie extrajudiciaire, des litiges relevant du présent règlement. Elle consiste en un site internet interactif accessible en ligne et gratuitement dans toutes les langues officielles des institutions de l'Union .

[2]- خيري عبد الفتاح السيد البتانوني، مرجع سابق، ص 22.

[3]- صفاء فتوح جمعة، مرجع سابق، ص 300.

européenne de règlement extrajudiciaire des litiges en ligne) نتناول هذه الاجراءات بصفة مختصرة بعد التعريف بهذه الأرضية.

أ- التعريف بالأرضية الأوروبية لحل النزاعات على الخط

تم انشاء هذه الأرضية بموجب التنظيم الاوروبي 524/2013، المؤرخ في 21 ماي 2013، بهدف إيجاد مستوى عال من الحماية للمستهلكين، والمساهمة في السير الحسن للسوق الأوروبية الداخلية، وخاصة في بعدها الرقمي والالكتروني. وتهدف الأرضية إلى تسهيل حل النزاعات، بالطرق البديلة عن القضاء، بطريقة الكترونية (على الخط)، بين المستهلكين والمهنيين[1].

تتولى الأرضية تسوية النزاعات، بالطرق البديلة، الناتجة عن التزامات تعاقدية، بناء على عقود إلكترونية للبيع أو الخدمات، بين المستهلك والمهني، المقيم أحدها بإحدى دول الاتحاد الأوروبي. وتنظر الأرضية في تسوية النزاعات المرفوعة من المستهلك ضد المهني، وكذلك المرفوعة من المهني ضد المستهلك.

ب- إجراءات رفع الدعوى على مستوى الأرضية

يجب على رافع الدعوى ملء الاستمارة الالكترونية على مستوى الأرضية، تتضمن هذه الاستمارة المعلومات الضرورية المتعلقة برافع الدعوى أو الشاكي والمشتكى منه وعرض ملخص لموضوع الدعوى.

وتتضمن الاستمارة على الخصوص[2]، طبيعة الشاكي (مستهلك أو مهني)، الاسم والعنوان الالكتروني للمستهلك، الاسم والعنوان الالكتروني وموقع الانترنت للمهني، الاسم والعنوان الالكتروني لممثل رافع الدعوى إن وجد، لغة رافع الدعوى، لغة المشتكى منه، طبيعة السلعة أو الخدمة محل النزاع، ثمن السلعة أو الخدمة محل النزاع، تاريخ شراء السلعة أو الخدمة من طرف المستهلك. وتتضمن الاستمارة أيضا الاجابة على بعض الاسئلة منها، هل تم الاتصال المباشر بين المستهلك والمهني، هل تم النظر في النزاع مسبقا من هيئة قضائية أو هيئة لحل النزاعات بالطرق البديلة، طبيعة الدعوى (وساطة أو تحكيم)،وصف للنزاع، هيئات حل النزاع التي يتعامل معها المهني، هيئات حل النزاع التي يرغب المهني في التعامل معها. كما يمكن للشاكي إرفاق أية وثيقة مع هذه الاستمارة.

عند استلام الأرضية لاستمارة المعلومات كاملة، تقوم بإرسالها إلى المشتكى منه، بدون تأخير باللغة التي يفهمها. مرفقة بضرورة اقتراح الطرفين لهيئة حل النزاعات بالطرق البديلة والاتفاق عليها،

[1]- Article 1 du Directive 2013/524, op.cit.
[2] - Voir L’annexe du règlement 2013/11, Information à fournir lors de l’introduction d’une plainte.

والمعلومات الخاصة بهذه الهيئة المتفق عليها، الاسم والعنوان وطرق الاتصال بها. وتتم بقية الاجراءات على مستوى الأرضية كما يلي:

- عند استلام المعلومات اللازمة من المشتكى منه، تقوم الأرضية، وبعد اتفاق الطرفان على الهيئة، بجمع المعلومات المتعلقة بهذه الهيئة المختارة وتتمثل هذه المعلومات اساسا في: الاسم، العنوان وطرق الاتصال وعنوان الموقع الالكتروني للهيئة، تكاليف الإجراءات، اللغات التي تستعملها الهيئة في إجراءاتها، المدة الزمنية المتوسطة اللازمة للهيئة للقيام بعملها، طبيعة القرار الذي تصدره الهيئة، إن كان ملزما أو غير ملزم للأطراف، الاسباب التي من شأنها أن تجعل الهيئة ترفض النظر في النزاع[1].
- عند جمع كل المعلومات الضرورية، تقوم الأرضية بإرسال، وبدون تأخر، الدعوى إلى هيئة حل النزاعات بالطرق البديلة التي تم الاتفاق عليها[2].
- عند استلام الهيئة للدعوى، تعلم الأطراف عن قرارها بالنظر أو رفض النظر في الدعوى المرفوعة إليها[3] .وفي حالة قبولها معالجة الدعوى، تعلم الأطراف بمختلف الإجراء اللازمة، ومختلف التكاليف اللازمة لحل النزاع.
- عند عدم اتفاق الطرفين على اسم الهيئة المكلفة بالفصل في النزاع، خلال أجل 30 يوما من تاريخ إيداع الشكوى، أو عند عدم قبول الهيئة الفصل في النزاع، يتم تجاهل الدعوى، ويتم إعلام رافع الدعوى بطرق اخرى لحل النزاع.
- يطلب من هيئة حل النزاعات بالطرق البديلة التي قبلت النظر في النزاع، انهاء الإجراءات في أجل 30 يوما ابتداء من تاريخ استلامها للملف، أن لا تلزم الأطراف بالحضور المادي لهم ولا لممثليهم، إلا في حالة أن الإجراءات تتطلب الحضور المادي للأطراف، وهم قد وافقوا على ذلك. كما تقوم الهيئة بإرسال إلى الأرضية، المعلوم المتعلقة بتاريخ استلام الملف، موضوع النزاع، تاريخ انهاء الاجراءات، نتيجة العمل الذي قامت به[4].
- عند نهاية الإجراءات وحل النزاع تعيد الهيئة الملف إلى الأرضية مرفوقا بتقرير مفصل عن كل الأعمال التي قامت بها والنتائج التي توصلت إليها.

[1]- Article 9-5 du règlement 2013/524, op.cit.
[2]- Ibid, Article 9-6.
[3]- Ibid, Article 9-7.
[4] - Article 10 du règlement 2013/524

ومن أجل حماية المعطيات ذات الطابع الشخصي، التي تكون الأرضية قد جمعتها عن الأطراف بمناسبة تسوية النزاعات، ألزم التنظيم الأوروبي 2013/524، الأرضية بالحذف الآلي لهذه المعلومات خلال أجل 06 أشهر من غلق الملف[1].

[1] - Article 12-3 du règlement

خلاصة الفصل الثاني

لا يوجد أي اشكال في تحديد المحكمة المختصة للفصل في نزاع مصرفي الالكتروني، في حالة كون العقد المصرفي الكتروني عقدا داخليا، ، حيث يختص القضاء الداخلي بالفصل في النزاع. أما في حالة كون العقد دوليا، فإنه يجب البحث عن النظام القضائي الذي يحكم المنازعة.

تصطدم ضوابط الاختصاص القضائي الدولي المتعلقة بالعقود الدولية، بكثير من الاشكالات عند تطبيقها على المنازعات الناشئة بمناسبة تنفيذ عقود الخدمات المصرفية الالكترونية. هذه الاشكالات تجد مبررا لها في تغير المفاهيم التقليدية للضوابط المرتبطة بها، مثل ضابط الموطن، ضابط محل الالتزام ومكان تنفيذه ومفهوم المال وغيرها. هذه المفاهيم تغيرت في البيئة الالكترونية الافتراضية ولم يعد لها نفس المفهوم التقليدي للبيئة المادية. كما يصعب تطبيق هذه الضوابط أيضا بدخول مفهوم الحماية الخاصة الممنوحة بموجب القوانين الأوربية حديثا للمستهلك، المتعاقد عن طريق عقود الكترونية.

في حالة عدم الاتفاق على القانون الواجب التطبيق، جاء القانون الدولي الخاص بمجموعة من الضوابط يمكن من خلالها تحديد القانون الواجب التطبيق، غير أن هذه الضوابط لا تنسجم مع طبيعة العقد المصرفي الالكتروني، ومن ثم يصعب الاعتماد عليها لحل النزاع المصرفي الالكتروني.

القانون التجاري الدولي الالكتروني، هو كيان قانوني في طور التشكل، وهو خاص بالعمليات التي تتم عبر الانترنت، وهو نظيرا للقانون الموضوعي للتجارة الدولية، يمكن أن يشكل نظاما قانونيا معادلا للنظام القانوني الذي تضعه الدولة، بغية تنظم الروابط القانونية بين أفرادها، ومن ثم يمكن أن يصبح قادرا على حل المنازعات التي تنشأ في البيئة الالكترونية.

لم نجد أية إشارة لحل المنازعات التي يمكن أن تنشأ عن مختلف العمليات أو الخدمات المصرفية الإلكترونية، بالطرق البديلة في التشريع الجزائري عموما، كما لم نجد ذلك في منازعات الدفع الالكتروني خصوصا، وهذا رغم صدور الكثير من القوانين الجديدة في الميدان الالكتروني.

عملت قوانين الاتحاد الأوروبي، ومن بعدها القوانين الداخلية لكل دولة من دول الاتحاد، شيئا فشيئا، على إزاحة العقبات القانونية التي كانت حجر عثرة أمام استعمال الطرق البديلة لحل النزاعات في البيئة التجارية الالكترونية، ومنها النزعات المصرفية والمالية الإلكترونية. وفي هذا الإطار أصدر الاتحاد الأوروبي كثيرا من التوجيهات والتنظيمات والتعليمات. ومنه يمكن القول أن قانون الاتحاد الأوروبي نظم فعلا طرق حل منازعات العقود الالكترونية ومنها منازعات عقود العمليات المصرفية الإلكترونية، نتمنى أن يحذو المشرع الجزائري حذوه.

خلاصة الباب الثاني

إن وضع قواعد قانونية تجرم الاستعمال غير المشروع للعمليات المصرفية الالكترونية ووسائل الدفع الالكترونية، من شأنه أن يوفر حماية كبيرة لهذه العمليات من كل اشكال الاعتداءات الكثرة والمتكررة على الأموال من طرف مختلف الشبكات الإجرامية التي تحترف سرقة الأموال من خلال الدخول غير المشروع للأنظمة الالكترونية للبنوك والمؤسسات المالية، وكذا والاعتداء والنصب وتزوير وسائل الدفع الالكترونية من خلال شبكة الانترنت المفتوحة على كل المخاطر.

مع تطور وانتشار التجارة الالكترونية، وازياد استعمال العمليات المصرفية الالكترونية ووسائل الدفع الالكترونية في تسوية جميع الالتزامات المالية الناتجة عن هذا النوع الجديد من المعاملات التجارية في المجتمع، في البيئة الالكترونية من خلال وسائل الاتصال الحديثة، ومع ازدياد حجم المنازعات الناتجة عن هذا النشاط المصرفي في هذه البيئة الجديدة، أصبحت الحاجة أكثر إلحاحا لصياغة نظام قانوني خاص لتسوية مختلف هذه المنازعات، مستجيب ومتكيف مع هذه البيئة الالكترونية التي نشأت فيها هذه المنازعات، وباستعمال طرق بديلة عن القضاء تستجيب لطبيعة وخصوصية المنازعة المصرفية الالكترونية.

إن صياغة قواعد قانونية تضبط وتحدد وتنظم الطرق البديلة لتسوية النزعات المصرفية بين البنوك والمؤسسات المالية من جهة والزبائن سواء كانوا مستهلكين أو مهنيين من جهة أخرى، بطرق الكترونية، ومن خلال التشجيع على التفاوض المباشر لحل هذه النزاعات، وكذا تنظيم نشاط مختلف هيئات الصلح والتحكيم والوساطة الإلكترونية، من شأنه أن يساهم في حل الكثير من هذه النزعات في البيئة التي وجدت فيها، دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء، ومن ثم يخفف كاهل القضاء المثقل اصلا بالقضايا والمنازعات الكثيرة والمختلفة.

غير أن حل منازعات العمليات المصرفية الالكترونية باستعمال الطرق البديلة عن طريق مراكز التحكيم و الوساطة الالكترونية من خلال وسائل الاتصال الالكترونية، وإصدار مختلف الأحكام لا يمكن أن تكون له فائدة مرجوة إذا كانت هذه الاحكام تفتقر إلى سلطة تنفيذية تجبر مختلف الأطراف على تنفيذها، ومن هنا يصبح تدخل القضاء وإعطاء الصيغة التنفيذية لهذه الأحكام أمر في غاية الأهمية.

الخاتمة:

تناولنا في هذا البحث دراسة النظام القانوني للعمليات المصرفية الالكترونية، وفصلنا الحديث عن خصوصياتها من خلال التطرق لماهية العمليات المصرفية الالكترونية، وكذا دراسة أكثر أنواع هذه العمليات انتشارا في القطاع المصرفي وبين مختلف البنوك الالكترونية. كما فصلنا في أساس العمليات المصرفية الالكترونية من خلال دراسة طرق ابرام واثبات عقود هذه العمليات في البيئة الإلكترونية.

كما تناولنا دراسة المسؤولية البنكية وفصلنا الحديث عن المسؤولية المدنية نتيجة الاخلال بمختلف الالتزامات التعاقدية والقانونية لهذه العمليات، وكذا المسؤولية الجزائية نتيجة الأعمال غير المشروعة بمناسبة القيام بهذه العمليات. وأخيرا فصلنا في نظام تسوية المنازعات الناشئة عن القيام بهذه العمليات وبحثنا عن القضاء المختص والنظام القانوني الواجب التطبيق، وكذا الطرق البديلة الممكنة لحل هذه المنازعات.

وفي ختام هذه الدراسة نذكر أهم النتائج التي توصلنا إليها:

لم ينظم القانون الجزائري العمليات المصرفية الالكترونية، ولم يعترف بها بشكل صريح، لا في قانون النقد والقرض ولا في غيره من القوانين ذات الصلة، واكتفى قانون النقد والقرض بالإشارة إلى أن هذه العمليات يمكن أن تكون الكترونية بعبارة: "مهما يكن السند أو الاسلوب التقني المستعمل".

كما لم ينظم القانون الجزائري وسائل الدفع الالكترونية المستعملة من طرف الجمهور، للقيام بمختلف العلميات المصرفية الالكترونية، رغم اعترافه بها بموجب قانون التجارة الالكترونية، ورغم دعوته من خلال قانون المالية 2020، المتعاملين الاقتصاديين ليجعلوا هذه الوسائل تحت تصرف الجمهور، وهذا رغم مختلف التعديلات المتكررة لقانون النقد والقرض، الذي نظم وسائل الدفع التقليدية الكتابية بطريقة دقيقة ومفصلة.

وبصدور القانون المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد وتكنولوجيا الاعلام والاتصال 18-04، تم تنظيم الصك البريدي بطريقة مفصلة، إلا أنه لم ينظم البطاقة الالكترونية "الذهبية" واسعة الانتشار. ومن جهة أخرى اكتفى تعديل القانون التجاري لسنة 2005، بالاعتراف بطاقتي الدفع والسحب، من خلال مجرد تعريفهما ومن غير تنظيم لهما. وهنا نسجل أن المشرع الجزائري لم يعترف لحد الساعة ببطاقة الائتمان احدى أهم أنواع البطاقات البنكية الالكترونية وهذا رغم انتشارها في معظم دول العالم.

ومع هذا اكتفت مختلف الأنظمة الصادرة عن بنك الجزائر، في المجال الالكتروني، بتنظيم غرفة المقاصة بين البنوك وكذا أمن أنظمة الدفع المستعملة بين هذه البنوك، دون تنظيم أنظمة ووسائل الدفع

المستعملة من طرف الزبائن أو المستهلكين. ولم تنظم أيضا بطاقتي الدفع والسحب، واكتفت مختلف هذه الأنظمة والتعليمات الصادرة في هذا المجال، بتحديد المواصفات التقنية والفنية الواجب توافرها في مختلف الأجهزة والوسائل المستعملة لتشغيل البطاقة البنكية الالكترونية.

كما لم يعترف المشرع الجزائري بالبنوك الالكترونية ولا البنوك على الانترنت التي ليس لها حضور مادي على الأرض ولا تنتسب إلى مجموعة مالية خاضعة للقانون، ومنع القانون المتعلق بمكافحة الفساد والوقاية منه إنشاؤها على الاقليم الجزائري، كما منع البنوك الجزائرية من التعامل معها أو التعامل مع البنوك الأجنبية التي تتعامل معها.

أنشأت مختلف القوانين المقارنة التي نظمت هذه العمليات، التي لا يوجد لها مثيل في القانون الجزائري، مؤسسات مالية غير بنكية أو خدماتية أو مؤسسات إعلام واتصال ورخصت لها، كما رخصت حتى لبعض المتاجر الدولية الكبرى، القيام ببعض هذه العلميات المصرفية. ومنها القيام بعمليات الدفع، تحويل الأموال الكترونيا وإصدار وإدارة النقود الالكترونية. حتى أصبحت هذه المؤسسات غير البنكية تنافس البنوك والمؤسسات المالية المختصة في القيام بمختلف الخدمات المصرفية الالكترونية.

ومما يجب التأكيد عليه في هذه الخاتمة هو ضرورة التفرقة بين النقود الالكترونية والنقود الافتراضية. وإذا كان المشرع الجزائري لم ينظم النقود الالكترونية فهو لم يمنعها أو يمنع تداولها، بخلاف النقود الافتراضية. حيث سار على طريق كثير من التشريعات الدولية التي لم تعترف بالنقود الافتراضية، ومنع التعامل بها بصفة مطلقة بموجب قانون المالية لسنة 2018.

لا يمكن الاعتماد على العقود المصرفية المتعلقة بالعمليات المصرفية التقليدية لتنظيم وضبط العمليات المصرفية الالكترونية، أو تنظيم استعمال وسائل الدفع الالكترونية. وذلك للاختلاف الكبير بين العقدين. فالعقد المصرفي الالكتروني مبرم عن بعد بإحدى وسائل الاتصال الالكترونية، بين البنك والعميل بهدف القيام بخدمات أو عمليات مصرفية الكترونيا. أي أن ابرام العقد يكون بطريقة الكترونية، كما أن تنفيذه أي القيام بالعملية المصرفية يكون بطريقة الكترونية. ومن ثم عمدت مختلف الدول التي نظمت العمليات المصرفية الالكترونية إلى مراعاة هذه الخصوصية، وذلك بالتنظيم القانوني والنص على مختلف الالتزامات الملقاة على عاتق البنك في مواجهة المستهلك الالكتروني.

بتعديل القانون المدني بموجب القانون 05-10 اعترف المشرع الجزائري بالكتابة الالكترونية، وساوى في حجيتها في الاثبات بينها وبين الكتابة الخطية، كما اعترف بحجية التوقيع الالكتروني، وساوى بينه وبين التوقيع العادي في الحجية. وبصدور القانون 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الالكترونيين، نظم المشرع الجزائري التوثيق الالكتروني، ومن ثم يمكن القول أن العقود المصرفية الالكترونية معترف بها بموجب القانون الجزائري.

ورغم صدور قانون التوقيع والتصديق الالكترونيين منذ أكثر من خمس سنوات، إلا أن كثيرا من النصوص التنظيمية المفصلة له لم تصدر بعد، كما أن مختلف الهيئات والسلطات المتدخلة في إنشاء التوقيع الالكتروني لم يتم تنصيبها بعد، هذا ما يبقي هذا القانون عديم الفائدة منذ إصداره. كما لم تصدر أيضا النصوص التنظيمية المتعلقة بقانون التجارة الالكترونية، الشيء الذي يجعل من إمكانية تنظيم وضبط هذه القوانين الالكترونية للعمليات المصرفية الالكترونية في الجزائر محدودا جدا.

فيما يتعلق بالمسؤولية المدنية عن العمليات المصرفية الالكترونية، لم يتضمن التشريع الجزائري نصوصا خاصة بالمسؤولية المدنية عن العمليات المصرفية، لا التقليدية ولا الإلكترونية. هذا بخلاف تشريعات بعض الدول التي نظمت العمليات المصرفية الالكترونية ووسائل الدفع الالكترونية بقوانين خاصة، ومن ثم أوردت نصوصا خاصة تقيم مسؤولية مختلف الأطراف إذا توافرت شروط ذلك.

تتم العمليات المصرفية الالكترونية في واقع افتراضي الكتروني، حيث يعتبر البنك هو الذي يدير النظام الالكتروني الذي تتم عبره مختلف هذه العمليات، ومن ثم فإن مختلف عناصر الاثبات الالكتروني تكون بيده. ومنه فإن إعمال قواعد الاثبات في المسؤولية العقدية يجعل من الصعب على العميل كمدعي إثبات ما يدعيه، ومن هنا كان على المشرع العمل على نقل عبء الاثبات، أو البحث عن أساس غير الخطأ لتحميل البنك المسؤولية، عن الضرر الواقع على العميل.

وفي محاولة في نقل عبء الاثبات من العميل إلى البنك، نرى أنه يمكن إقامة المسؤولية العقدية للبنك على أساس الالتزام بالسلامة أو على أساس المسؤولية عن فعل الاشياء. حيث أن الخطأ يكون مفترضا من جانب البنك. كما يمكن أيضا الذهاب مباشرة لإقامة المسؤولية التقصيرية للبنك رغم وجود العقد، للسبب نفسه. كما يمكن إقامة مسؤولية البنك في مواجهة العميل بدون خطأ وعلى أساس نظرية المخاطر.

نُظمت عقود البطاقات البنكية الالكترونية في الجزائر بموجب عقود نموذجية، حاولت البنوك من خلالها التحلل من كامل المسؤولية بمناسبة استعمال هذه البطاقات من طرف الزبون، وعلى هذا وجب على المشرع الجزائري التدخل في مثل هذه الحالات لتحديد مسؤولية الأطراف بدقة، وأن لا يترك الأمر لهذه العقود النموذجية.

في ما يتعلق بالمسؤولية الجزائية عن العمليات المصرفية الالكترونية، يمكن القول أن القانون الجزائري، رغم تكريسه لمسؤولية البنك الجزائية كشخص معنوي عن الجرائم التي يمكن أن يقوم بها ممثلوه الشرعيين، ورغم النص على بعض هذه الجرائم البنكية التي يمكن أن يقوم بها الممثلون لحساب المصرف، إلا أنه لم ينص على إمكانية إقامة مسؤولية المصرف الجنائية عن العمليات المصرفية

الالكترونية. ومنه يمكن القول أن القانون الجزائري لم يكرس المسؤولية الجزائية للمصرف عن العمليات المصرفية الالكترونية، بصورة صريحة، مثل ما فعلت كثير من التشريعات ومنها التشريع الفرنسي.

رغم مصادقة الجزائر على الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات لسنة 2010 إلا أنها لم تصدر النصوص القانونية التي تجرم هذه الأفعال، سواء قام بها العميل أو الغير، مما يدفع القاضي إلى العمل على تكييف هذه الجرائم المستحدثة وفقا لنصوص قانون العقوبات الحالي.

غير أنه لا يمكن تطبيق نصوص الجرائم المتعلقة بالأموال الواردة بقانون العقوبات الجزائري على وسائل الدفع الالكترونية، ولا يمكن إقامة المسؤولية الجزائية بموجب هذه النصوص، وذلك للفرق الواضح للأموال محل التجريم مع وسائل الدفع الالكتروني، وفي غياب النصوص القانونية الصريحة، يمكن تطبيق نصوص الجرائم المتعلقة بالمساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات، الواردة في تعديل سنة 2004 لقانون العقوبات، على الجرائم الماسة بالنظام البنكي الالكتروني أو مختلف الأنظمة الالكترونية التي تعمل من خلالها وسائل الدفع الالكترونية، وذلك لوحدة البيئة الالكترونية الافتراضية في الحالتين.

وفي الوقت الذي لم ينظم فيه المشرع الجزائري بعد حتى وسائل الدفع الالكترونية العادية مثل البطاقات البنكية الالكترونية، ولم ينص على الجرائم الواقعة بمناسبة الاستعمال غير المشروع لها، نرى الدول الأوروبية اتجهت إلى تعديل قوانينها لمواكبة التطور الحاصل في وسائل الدفع الالكترونية وخاصة وسائل الدفع غير المادية في ما يخص النقود الرقمية ومحافظ النقود الالكترونية، وحتى والنقود الافتراضية. حيث دعت قوانين الاتحاد الاوروبي إلى تجريم تزوير وتزييف وسائل الدفع المادية أو غير المادية، أو حيازة هذه الوسائل بطرق غير شرعية، أو المزورة أو المزيفة، أو استعمالها بطريقة الغش.

أما ما تعلق بالمنازعات المصرفية الالكترونية، فهي تتميز بطابع معقد نتيجة تشابك المواضيع المتعلقة بها، ومن ثم صعوبة إخضاعها لنظام قانوني واحد، فهي من جهة منازعة بنكية تجارية، تخضع كأصل عام لقواعد القانون التجاري، كما أنها تخضع أيضا للقانون المدني من جهة العميل عندما يكون مدنيا، وهي من جهة أخرى منازعة دولية تخضع لقواعد القانون الدولي الخاص، باعتبار أن أحد طرفيها أجنبيا في معظم الحالات. وهي من جهة أخرى منازعة الكترونية، تبرم عقودها وتنفذ عن بعد، ومن ثم فإن عناصر الاثبات فيها تتطلب الإقرار بمبدأ الحياد إزاء التكنولوجيا. كما تتدعم حماية المستهلك عندما يكون طرفا في العقد المصرفي الكتروني.

ولقد اتضح لنا من خلال البحث عن النظام القضائي والقانون الواجب التطبيق على منازعات العمليات المصرفية الالكترونية، أن قواعد القانون الدولي الخاص لا تتضمن حلولا موضوعية مباشرة للنزاع المصرفي الالكتروني، إنما تقوم فقط بالإشارة إلى القانون الواجب التطبيق، مما يدفع القاضي إلى

البحث عن مضمون ذلك القانون بهدف تطبيق أحكامه الموضوعية، وأنه لا يمكن إخضاع منازعات العمليات المصرفية الالكترونية الناشئة في بيئة افتراضية لهذه القواعد التقليدية.

نرى أن القانون التجاري الدولي الالكتروني الذي هو في طور التكوين، غير قادر على تنظيم العمليات المصرفية الالكترونية، ومن ثم غير قادر على حل المنازعات الناشئة في هذه البيئة الالكترونية. ومنه يجب القول أن هذه القواعد الالكترونية المستحدثة ليس بمقدورها وحدها التصدي لهذا العمل، دون الدعم من هذا المنهج التقليدي.

إن ما جاء تحت عنوان الطرق البديلة لحل المنازعات، في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لا يمكن تطبيقه على منازعات العمليات المصرفية الالكترونية، وذلك لارتباطه الوثيق بالقاضي. بينما تتطلب تسوية المنازعات بالطرق البديلة البعد التام عن إجراءات القضاء وأروقة المحاكم.

من جهة أخرى لم يتبن المشرع الجزائري الطرق البديلة لحل المنازعات الكترونيا، ولم نجد في القانون الجزائري ما ينظم ذلك، لا في منازعات التجارة الالكترونية، ولا في منازعات الخدمات والعمليات المصرفية والمالية الالكترونية. هذا بخلاف قوانين الاتحاد الأوروبي التي نظمت الطرق البديلة لحل المنازعات بطريقة الالكترونية.

تتطلب عملية تنفيذ احكام مراكز وهيئات تسوية النزاعات بالطرق البديلة في منازعات العمليات المصرفية والمالية الالكترونية، قانونا وطنيا لتنظيم عمل هذه المراكز، وكذا اتفاقيات دولية تلزم بقية الدول على تنفيذ هذه الاحكام والتسويات التي توصل إليها الأطراف.

من خلال مجمل النتائج التي توصلنا إليها في نهاية هذه الدراسة، يمكن التأكيد على أن القواعد القانونية للعمليات المصرفية الحالية في القانون الجزائري، وإن كان فيها بعض ما يمكن أن يطبق على هذه العمليات المصرفية المبتكرة، إلا أنها غيرة قادرة على تنظيم وضبط العمليات المصرفية الالكترونية، وأن هذا يحتاج إلى جهود قانونية معتبرة من أجل استحداث جملة قواعد قانونية جديدة تسمح للقانون الجزائري بالتكيف مع هذه العمليات المستجدة سريعة التطور في هذه البيئة الالكترونية.

وللوصل إلى هذه الغاية نتقدم بمجموعة من الاقتراحات:

بخصوص إصدار قوانين وتنظيمات جديدة:

نقترح إصدار قانون للمعاملات الالكترونية ويتضمن، بصفة أساسية:

- تنظيم رسائل البيانات الإلكترونية ومختلف استعمالاتها في الجانب المدني والتجاري، من خلال تفصيل طرق إنشائها ارسالها استلامها وحجيتها.

نقترح على بنك الجزائر إصدار الأنظمة التالية:

- نظام لإدارة نظم الدفع الالكترونية.
- نظام لعمل كل البطاقات البنكية الالكترونية.
- نظام لتقديم خدمات الدفع باستخدام الهاتف المحمول.
- نظام لتقديم خدمات الدفع عن طريق الانترنت.

بخصوص تعديل قانون النقد والقرض:

- نقترح تعديل المادة 66 بما يفيد الاعتراف بالعمليات المصرفية الإلكترونية، وإمكانية القيام بالعمليات المصرفية بطريقة الكترونية.
- نقترح تعديل المادة 69 بما يفيد الاعتراف بوسائل الدفع الالكترونية.
- نقترح إدراج فصل في قانون النقد والقرض يحدد أشكال المؤسسات التي يخول لها القيام بالعمليات المصرفية الالكترونية، إن كانت البنوك أو غيرها وشروط تقديم هذه العمليات، خاصة ما يتعلق بالشكل القانوني والاعتماد أو الترخيص ورأس المال ومختلف الشروط الأخرى.
- نقترح إدراج فصل في قانون النقد والقرض يحدد إنشاء مؤسسات مالية يخول لها اصدار وادارة وسائل الدفع الإلكترونية، إن كانت البنوك أو غيرها من المؤسسات غير البنكية، وتحدد شروط تقديم هذه العمليات، خاصة ما يتعلق بالشكل القانوني والاعتماد أو الترخيص ورأس المال ومختلف الشروط الأخرى.

بخصوص تعديل القانون التجاري:

- نقترح تعديل المادة 543 مكرر23 من القانون التجاري، وذلك بالاعتراف ببطاقة الائتمان، مثل بطاقتي الدفع والسحب.
- نقترح إضافة فصل ضمن الباب الرابع من القانون التجاري المعنون "في بعض وسائل الدفع" وذلك لتنظيم العمل بمختلف البطاقات البنكية الالكترونية، تماما كما تم تنظيم الشيك والسفتجة.

بخصوص تعديل قانون العقوبات:

- نقترح إضافة قسم سابع مكرر1 يتعلق بالمساس بأنظمة الدفع الالكتروني، ضمن الفصل الثالث المتعلق بالجنايات والجنح ضد الأموال في الباب الثاني. وفيه يتم النص على الجرائم الماسة بأنظمة الدفع الالكتروني، كما يتم النص على العقوبات الموافقة لها.

- نقترح إضافة قسم ثاني مكرر يتعلق بالمساس بوسائل الدفع الالكتروني، ضمن الفصل الثالث المتعلق بالجنايات والجنح ضد الأموال في الباب الثاني. وفيه يتم النص على الجرائم الماسة بأنظمة الدفع الالكترونية، سواء المادية منها كبطاقات الدفع الإلكترونية أو غير المادية كالنقود الالكترونية. وكذا الجرائم المرتكبة بواسطة وسائل الدفع الالكترونية. حيث يتم تجريم كل الأعمال غير المشروعة المتعلقة بها، كما يتم النص على العقوبات المناسبة لها. ومن الأعمال التي يجب أن تجرم:
    - السرقة والغصب لوسائل الدفع المادية بما فيها الالكترونية،
    - تزوير وتزييف وسائل الدفع المادية بما فيها الالكترونية،
    - حيازة وسيلة الدفع الالكترونية المسروقة أو المغتصبة أو المتحصل عليها بطرق غير مشروعة،
    - التعامل بوسائل الدفع الالكترونية المسروقة أو المزورة أو المغتصبة، مع العلم بذلك.

بخصوص تعديل قانون الاجراءات المدنية والادارية:

نقترح تعديل الكتاب الخامس من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تحت عنوان "في الطرق البديلة لحل النزاعات" بإضافة باب ينظم الطرق البديلة لحل المنازعات بالطرق الإلكترونية في المواد المدنية والتجارية، ويشجع المتقاضين على ذلك، ويعترف بالمراكز والهيئات التي تقوم بهذا الدور عن طريق المنصات الالكترونية، وينظم ويحدد شروط القيام بمهامها.

بخصوص قانون التوقيع والتصديق الالكترونيين:

- نسجل تأخر إصدار المراسيم التنفيذية التي تفصل قانون التوقيع والتصديق الالكترونيين. ومنها المتعلقة بتنظيم السلطة الوطنية للتصديق الالكتروني (مادة 20)، تنظيم السلطة الحكومية للتصديق الالكتروني (مادة 27)، الشروط المتعلقة بالترخيص (مادة 40).
- كما نلاحظ تأخر تنصيب مختلف سلطات التصديق الإلكتروني الواردة بهذا القانون، حيث حددت المواد 78 و79 و80 منه أجل تنصيبها بخمس (05) سنوات ابتداء من تاريخ نشر القانون، أي ابتداء من 10 فيفري 2015.

بخصوص تعديل قانون البريد والاتصالات الإلكترونية:

- نقترح تعديل القانون المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الالكترونية، وذلك بإضافة قسم ثالث مكرر لتنظيم البطاقة الالكترونية "الذهبية"، ضمن الفصل الثاني المنظم للأحكام الخاصة بخدمة البريد.

بخصوص قانون التجارة الالكترونية:

- ضرورة إصدار المراسيم التنفيذية التي تفصل وتنظم العمل بقانون التجارة الالكترونية، ومنها التي تحدد شروط القيام بالمعاملات التجارية العابرة للحدود (المادة 7). وكذا ضرورة نشر البطاقية الوطنية للموردين الالكترونيين (المادة 9). وتحديد كيفيات حفظ سجلات المعاملات التجارية من طرف المورد الالكتروني (المادة 25).

في الختام يمكن القول أن ميدان البحث في القانون المصرفي الالكتروني، مازال واسعا ويثير مواضيع وإشكالات عديدة بسبب التطور الهائل للتكنولوجيا الرقمية، ودراستنا هذه لا تشكل إلا حلقة بسيطة في سلسلة طويلة، يمكن أن تفتح آفاقا لأبحاث أخرى.

من ذلك مثلا، البحث في النظام القانوني لوسيلة الدفع بالهاتف النقال التي لا تعتمد على الاتصال المباشر، وذلك باستخدام شريحة (NFC)، حيث لم يعد خافيا أن تطور الهواتف النقالة دفع بعض الباحثين للحديث عن "تجارة الهاتف النقال" « m–commerce » بدل التجارة الالكترونية « e–commerce ».

ومنها البحث في مجال الأحكام القانونية لاستخدام شريحة (RFID) التي تحمل بيانات الشخص وتدمج في جسمه.

وجدير البحث أيضا –والجزائر تشهد إقبالا على الصيرفة الإسلامية– النظام القانوني للصيرفة الإسلامية الالكترونية.

تم بحمد الله

قائمة المصادر والمراجع

أولا: المصادر والمراجع باللغة بالعربية

أ- المصادر باللغة العربية

- القرآن الكريم
- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996، الجريدة الرسمية رقم 76 بتاريخ 08 ديسمبر 1996.

1- الاتفاقيات والقوانين الدولية والاقليمية:

- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، اعتمد وعرض للتوقيع والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 16 ديسمبر 1966، و بدأ النفاذ بتاريخ 23 مارس 1976.
- اتفاقية بروكسل حول الاختصاص القضائي وتنفيذ الاحكام في المجالين التجاري والدولي، مؤرخة في 27 ديسمبر 1968.
- اتفاقية فينا لسنة 1980 الخاصة بعقود البيع الدولي للبضائع، اعتمدت بتاريخ 11 أفريل 1980، بدأ سريانها في 01 جانفي 1988، لم تصادق عليها الجزائر.
- اتفاقية حماية حقوق الانسان في نطاق مجلس أوروبا، أبرمت بروما في 04 نوفمبر 1950.
- الاتفاقية الاوروبية المعلقة بالجريمة الالكترونية، أبرمت في بودابست، بتاريخ 23 نوفمبر 2001.
- قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985، تم تعديله سنة 2006.
- قانون الأونسيترال النموذجي للتحويلات الدائنة الدولية لسنة 1994.
- قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية لسنة 1996.
- قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية، أعتمد في الجلسة العامة رقم 85، بتاريخ 12 ديسمبر 2001.
- قانون الأونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي لسنة 2002
- قانون الأونسيترال بشأن السجلات الالكترونية القابلة للتحويل لسنة 2017.
- القانون العربي الإسترشادي للإثبات بالتقنيات الحديثة، معتمد من طرف مجلس وزراء العدل العرب بقرار رقم 771/د24، بتاريخ 2008/11/27.
- القانون العربي الإسترشادي للمعاملات والتجارة الالكترونية، معتمد من طرف مجلس وزراء العدل العرب بقرار رقم 812/د25 بتاريخ 2009/11/19.

2- القوانين والأوامر الوطنية

- قانون رقم 90-10 مؤرخ في 14 أفريل 1990، يتعلق بالنقد والقرض، ج ر رقم 16 بتاريخ 18 أفريل 1990، (ملغى).
- قانون رقم 04-02 مؤرخ في 23 جوان 2004، محدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر رقم 41 بتاريخ 27 جوان 2004.
- قانون رقم 05-01 مؤرخ في 6 فيفري 2005، متعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الارهاب ومكافحتهما، ج ر قم 11 بتاريخ 9 فيفري 2005.
- قانون 05-02 مؤرخ في 06 فيفري 2005، المعدل للقانون التجاري ج ر رقم 11، بتاريخ 9 فيفري 2005.
- قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 جوان 2005، المعدل والمتمم للقانون المدني، ج ر رقم 44 بتاريخ 26جوان 2005.
- قانون رقم 06-01 مؤرخ في 20 فيفري 2006، متعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر رقم 14 بتاريخ 08 مارس 2006.
- قانون رقم 08-01 مؤرخ في 23 جانفي 2008، المتمم للقانون رقم 83-11 المؤرخ في 02 جوان 1983، المتعلق بالتأمينات الاجتماعية، ج ر قم 04 بتاريخ 27 جانفي 2008.
- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فيفري 2008، متضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية، ج ر قم 21 بتاريخ 23 أفريل 2008، المعدل و المتمم.
- قانون رقم 09-03 مؤرخ في 25 فيفري 2009، متعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، ج ر رقم 15 بتاريخ 08 مارس 2009.
- قانون رقم 09-04 مؤرخ في 5 أوت 2009، متضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الاعلام والاتصال ومكافحتها، ج ر رقم 47 بتاريخ 16 أوت 2009.
- قانون رقم 15-04 مؤرخ في أول فيفري 2015، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين، ج ر رقم 06 بتاريخ 10 فيفري 2015.
- قانون رقم 17-11 مؤرخ في 27 ديسمبر 2017، يتضمن قانون المالية لسنة 2018 ، ج ر رقم 76 بتاريخ 28 ديسمبر 2017.
- قانون رقم 18-04 مؤرخ في 10 ماي 2018، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الالكترونية، ج ر رقم 27 بتاريخ 13 ماي 2018.

- قانون رقم 18-05 ، مؤرخ في 10 ماي 2018، يتعلق بالتجارة الالكترونية، ج ر قم 28 بتاريخ 16 ماي 2018.
- قانون رقم 19-14، مؤرخ في 11 ديسمبر 2019، يتضمن قانون المالية لسنة 2020، ج ر رقم 81 بتاريخ 30 ديسمبر 2019.
- أمر رقم 66-156، مؤرخ في 08 جوان 1966، متضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.
- أمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، متضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.
- أمر رقم 75-59، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم.
- أمر رقم 96-09، مؤرخ في 10 جانفي 1996 ، متعلق بالاعتماد الإيجاري، ج ر رقم 25 بتاريخ 14 جانفي 1996.
- أمر رقم 96-22، مؤرخ في 09 جويلية 1996، متعلق بقمع مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج، معدل ومتمم بالأمر رقم 10-03 مؤرخ في 26 أوت 2010 ج ر رقم 50 بتاريخ أول سبتمبر 2010.
- أمر رقم 03-11، مؤرخ في 26 أوت 2003، متعلق بالنقد والقرض، المعدل و المتمم، ج ر رقم 52 بتاريخ 27 أوت 2003.

3- المراسيم التنفيذية:

- مرسوم تنفيذي رقم 07-162 مؤرخ في 30 ماي 2007، معدل ومتمم للمرسوم التنفيذي رقم 01-123 مؤرخ في 09 ماي 2001 ، متعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، ج ر قم 37 بتاريخ 07 ماي 2007.
- مرسوم تنفيذي رقم 10-181، مؤرخ في 13 جويلية 2010. يحدد الحد المطبق على عمليات الدفع التي يجب أن تتم بوسائل الدفع عن طريق القنوات البنكية والمالية، ج ر قم 43 بتاريخ 14 أوت 2010، (ملغى).
- مرسوم تنفيذي رقم 11-03 مؤرخ في 29 جانفي 2011، يحدد كيفيات إجراء المصالحة في مجال مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الاموال من والى الخارج وكذا تنظيم اللجنة الوطنية واللجنة المحلية للمصالحة، ج ر قم 08 بتاريخ 06 فيفري 2011.
- مرسوم تنفيذي رقم 13-378، مؤرخ في 09 نوفمبر 2013، محدد للشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، ج ر رقم 58 بتاريخ 18 نوفمبر 2013.
- مرسوم تنفيذي رقم 16-142 مؤرخ في 5 ماي 2016، يحدد كيفيات حفظ الوثيقة الموقعة الكترونيا، ج ر رقم 28 بتاريخ 8 ماي 2016.

4- أنظمة بنك الجزائر

- نظام رقم 90-01 مؤرخ في 15 جويلية 1990، يتعلق برأسمال الأدنى للبنوك والمؤسسات المالية العاملة في الجزائر، ج ر رقم 39 بتاريخ 12 سبتمبر 1990. (ملغى).
- نظام رقم 04-01 مؤرخ في 04 مارس 2004، يتضمن تعديل النظام رقم 90-01 المتعلق برأسمال الأدنى للبنوك والمؤسسات المالية العاملة في الجزائر، ج رج رقم 27 بتاريخ 28 أفريل 2004 (ملغى).
- نظام 05-07 مؤرخ في 28 ديسمبر 2005، يتضمن أمن أنظمة الدفع، ج ر رقم 37 بتاريخ 2005/07/04.
- نظام رقم 08-04، مؤرخ في 23 ديسمبر 2008، يتعلق بالحد الأدنى لرأسمال البنوك والمؤسسات المالية العاملة في الجزائر، ج ر رقم 72، بتاريخ 24 ديسمبر 2008.
- نظام رقم 09-03 مؤرخ في 26 ماي 2009، محدد للقواعد العامة المتعلقة بشروط البنوك المطبقة على العمليات المصرفية، ج ر رقم 59 بتاريخ 13 سبتمبر 2009.
- نظام رقم 13-01 مؤرخ في 08 أفريل 2013، محدد للقواعد العامة المتعلقة بالشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية، ج ر رقم 29 بتاريخ 02 جوان 2013.

5- قرارات بنك الجزائر

- مقرر رقم 05-01، مؤرخ في 28 ديسمبر 2005، يتضمن سحب اعتماد بنك "ميني بنك"، ج ر رقم 02 بتاريخ 15 جانفي 2006.
- مقرر رقم 05-02، مؤرخ في 28 ديسمبر 2005، يتضمن سحب اعتماد بنك "أركو بنك"، ج ر رقم 02 بتاريخ 15 جانفي 2006.

6- القوانين الأجنبية

- قانون عدد 83 لسنة 2000 مؤرخ في 09 أوت 2000، يتعلق بالمبادلات والتجارة الالكترونية التونسي، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 64، بتاريخ 11أوت 2000.
- قانون 17 لسنة 1999 المتضمن قانون التجارة المصري تم نشره بالجريدة الرسمية العدد 19 مكرر بتاريخ 1999/05/04. معدل ومتمم.
- القانون المدني المصري، منشور في الجريدة الرسمية بتاريخ 20 فيفري 1954.
- قانون رقم 88 لسنة 2003 الصادر بتاريخ 15 جوان 2003، بإصدار قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد، المصري.
- قانون رقم 15 لسنة 2004 بتنظيم التوقيع الالكتروني وانشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات، الجريدة الرسمية العدد 17 تابع (د) مؤرخة في 22 أفريل 2004.

- مدونة التجارة المغربية الصادرة بالظهير الشريف رقم 1.96.83 في الفاتح أوت 1996بتنفيذ القانون رقم 15.95 ، جريدة رسمية عدد 4418 بتاريخ 3 أكتوبر 1996. الصيغة المحينة بتاريخ 25 أوت 2016، جريدة رسمية عدد 6501 بتاريخ 19 سبتمبر 2016.
- – قانون الالتزامات والعقود، الصادر بالظهير الشريف رقم 09 بتاريخ 12 أوت 1913، الصيغة المحينة بتاريخ 18 فيفري 2016.
- القانون رقم 05–08 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية، المغربي.
- قانون البنوك الأردني رقم 38 لسنة 2000، صدر في عدد الجريدة الرسمية رقم 4448 بتاريخ 2000/08/01.
- قانون المعاملات الالكترونية الاردني رقم 15 لسنة 2015.
- النظام رقم 111 لسنة 2017، المؤرخ في 2017/10/18، المتضمن نظام الدفع والتحويل الالكتروني للأموال.، الأردني. الصادر بمقتضى المادتين 21 و22 من قانون المعاملات الالكترونية لسنة 2015.

ب– المراجع باللغة العربية

1– أطروحات الدكتوراه

- أمال بوهنتالة، **الحماية الجزائية للشيك في القانون الجزائري**، أطروحة دكتوراه في الحقوق، جامعة باتنة01، السنة الجامعية 2015/2014
- أمال حابت ، **التجارة الالكترونية في الجزائر**، أطروحة دكتوراه في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، تاريخ المناقشة 30 سبتمبر 2015.
- بلقاسم حامدي، **ابرام العقد الالكتروني**، رسالة دكتوراه تخصص قانون الإعمال، جامعة الحاج لخضر باتنة، السنة الجامعية 2014–2015.
- حسام عبد الرحمن فرج أحمد الخولي، **الحماية المدنية و الجنائية لعمليات البنوك الالكترونية**، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، سنة 2016.
- سفيان حديدان، **النظام القانوني للمعالجة الآلية للمعطيات**، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة باجي مختار، عنابة، السنة الجامعية 2018–2019.
- سماح ميهوب، **أثر تكنولوجيا المعلومات والاتصالات على الأداء التجاري والمالي للمصارف الفرنسية، حالة نشاط بنك عن بعد**، أطروحة دكتوراه في العلوم الاقتصادية، جامعة قسنطينة 2، السنة الجامعية 2014–2015.
- عائشة قصار الليل، **حجية المحرر والتوقيع الالكتروني في الاثبات –دراسة مقارنة–** رسالة دكتوراه في العلوم القانونية، جامعة الحاج لخضر باتنة، سنة 2017.

- عيسى لافي حسن الصمادي، **المسؤولية القانونية للعمل المصرفي الالكتروني في التشريع الاردني –التحويل المالي الالكتروني**– أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة الجزائر1، السنة الجامعية 2009–2010.
- كريمة تدريست، **دور البنوك في مكافحة تبييض الأموال**، أطروحة دكتوراه في القانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو، سنة 2014.
- لويزة بلعسلي ، **المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي عن الجرائم الاقتصادية**، أطروحة دكتوراه في القانون العام، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، سنة 2014.
- سميرة محمودي، **الاختصاص التنظيمي لمجلس النقد والقرض**، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون أعمال، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، السنة الجامعية 2016/2017.
- نذير أرتباس، **العلاقة بين السر المصرفي وتبييض الأموال –دراسة مقارنة**– أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، بدون تاريخ.
- نورة بن بوزيد، **النظام القانوني لبطاقة الدفع والسحب**، أطروحة دكتوراه في قانون الأعمال، جامعة البليدة 02، جوان 2014.

2- الكتب

- احسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي العام، دار هومة، الجزائر، سنة 2003.
- أحمد بوراس والسعيد بريكة، أعمال الصيرفة الالكترونية، الأدوات والمخاطر، دار الكتاب الحديث، القاهرة، سنة 2016.
- أحمد عبد العليم العجمي، نظم الدفع الالكترونية وانعكاساتها على سلطات البنك المركزي، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، سنة 2013.
- أحمد السيد لبيب ابراهيم، الدفع بالنقود الالكترونية الماهية والتنظيم القانوني، دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، سنة 2009.
- إلياس ناصيف وبول مرقص، المصارف العربية في مواجهة التحديات القانونية الدولية، الطبعة الأولى، المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، جامعة الدول العربية، بيروت، سنة 2019.
- حازم نعيم الصمادي، المسؤولية في العمليات المصرفية الالكترونية، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان، سنة 2003.
- أمجد حمدان الجهمي، المسؤولية المدنية عن الاستخدام غير المشروع لبطاقات الدفع الإلكتروني، دار المسرة، عمان، سنة 2010.

- حسام أسامة محمد، الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم في منازعات التجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2009.
- حسينة شرون، دليل إنجاز بحث تخرج في الحقوق، مطبوعات مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة بسكرة، سنة 2017.
- خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني للتوقيع الالكتروني في ضوء الاتفاقيات الدولية والتشريعات العربية والقانون 15 لسنة 2004، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية، سنة 2007.
- خالد ممدوح ابراهيم، ابرام العقد الالكتروني دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، الإسكندرية، سنة 2011.
- خالد ممدوح ابراهيم، التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الدولية ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2008 .
- خبابة عبد الله، الاقتصاد المصرفي، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، سنة 2013.
- خضير مخيف فارس الغانمي، النظام القانوني للتحويل الالكتروني للنقود، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، سنة 2016.
- خيري عبد الله السيد البتانوني، فض المنازعات بالتحكيم الالكتروني عبر وسائل الاتصال الحديثة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2012.
- ذكري عبد الرزاق محمد خليفة، النظام القانوني للبنوك الالكترونية، المزايا، التحديات والآفاق، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2017.
- رضوان غنمي، بطاقة الائتمان بين الوضع القانوني المصرفي والتأصيل الفقهي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، سنة 2012 .
- زينب سالم، المسؤولية الجنائية عن الاعمال البنكية، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية، سنة 2010.
- سميحة القليوبي، الأوراق التجارية، دار النهضة العربية، الطبعة الرابعة ، القاهرة، سنة 2005.
- سهيل ادريس، المنهل قاموس فرنسي عربي، دار الآداب، بيروت، سنة 2000.
- شريف محمد غنام، مسؤولية البنك عن أخطاء الكمبيوتر في النقل الالكتروني للنقود، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، سنة 2010.
- صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، سنة 2008.
- صفاء فتوح جمعة فتوح، منازعات عقود التجارة الدولية بين القضاء والتحكيم آليات فض المنازعات، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، سنة 2013.

- علاء التميمي، التنظيم القانوني للبنك الالكتروني على شبكة الانترنت، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، سنة 2012.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة 1998.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات–آثار الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1968.
- عبد الصمد جاسم محمد، تنازع الاختصاص القضائي الدولي في التعاملات التجارية الالكترونية دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت. سنة 2010.
- عبد الصمد حوالف، النظام القانوني لوسائل الدفع الالكترونية في الجزائر دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، سنة 2016.
- عبد الفتاح سليمان، المبادئ القضائية في العمل المصرفي، بدون دار نشر، سنة 2017.
- عصام نجاح، القانون المقارن والأنظمة القانونية الكبرى، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، سنة 2011.
- عكاشة محمد عبد العال، القانون التجاري الدولي العمليات المصرفية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2012.
- علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، طبعة مكبرة، المكتبة القانونية، القاهرة، سنة 1993.
- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، الطبعة التاسعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2008.
- عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصر، الطبعة الثانية ، دار هومة، الجزائر، سنة 2009.
- لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الالكترونية، دار هومة، الجزائر، سنة 2015.
- فتحي عبد الرحيم عبد الله، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الطبعة الثانية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، سنة 1999.
- محفوظ لعشب، الوجيز في القانون المصرفي الجزائري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2008.
- محفوظ لعشب، عقد الاذعان في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، سنة 1990.

- محي الدين اسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك من الناحية القانونية والعملية، المجلد الأول، الطبعة الثالثة، النسر الذهبي للطباعة، بدون مكان نشر، سنة 2001.
- معادي أسعد صوالحة، بطاقات الائتمان النظام القانوني وآليات الحماية الجنائية، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، سنة 2011.
- محسن عبد الحميد البه، قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، سنة 1997.
- محمد ابراهيم أبو الهيجاء، التحكيم الالكتروني الوسائل الالكترونية لفض المنازعات–الوساطة والتوفيق–التحكيم– المفاوضات المباشرة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزع، عمان، الاردن، سنة 2009.
- محمد أحمد على المحاسنة، تنازع القوانين في العقود الالكترونية، دار الحامد للنشر والتوزيع عمان، سنة 2013.
- محمد بوراس، النظام القانوني للإشهار عن المنتجات والخدمات دراسة تأصيلية للإشهار التجاري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2014.
- محمد حسين صالح طليان، التحويل المصرفي الالكتروني دراسة قانونية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2017 .
- محمد خليفة، الحماية الجنائية لمعطيات الحاسب الآلي في القانون الجزائري والمقارن، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، سنة 2007.
- محمد صبري السعدي، مصادر الالتزام، النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الثاني، المسؤولية التقصيرية والعمل النافع والقانون، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الكتاب الحديث، القاهرة، سنة 2009.
- محمد فريد العويني، القانون التجاري والعقود التجارية وعميات البنوك، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية. سنة 2003.
- محمد لفروجي، العقود البنكية بين مدونة التجارة والقانون البنكي، الطبعة الثانية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، سنة 2001.
- محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، المجلد الرابع، عمليات البنوك دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، سنة 2009.
- محمود محمد أبو فروة، الخدمات البنكية الالكترونية عبر الانترنت، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، سنة 2012.

- مصطفى كمال طه، العقود التجارية وعمليات البنوك، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، سنة 2002.
- مصطفى كمال طه ووائل أنور بندق، الأوراق التجارية ووسائل الدفع الالكترونية الحديثة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، سنة 2005.
- منصور رحماني، القانون الجنائي للمال والاعمال، الجزء الأول، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، سنة 2012.
- منصور رحماني، الوجيز في القانون الجنائي العام، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، سنة 2006.
- منير محمد الجنبيهي وممدوح محمد الجنبيهي، البنوك الالكترونية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، سنة 2006.
- نور عقيل طاهر عبود الرحيمي، النظام القانوني لمحفظة النقود الالكترونية، دار الفكر والقانون، المنصورة، سنة 2015.
- يزيد بوحليط، الجرائم الالكترونية والوقاية منها في القانون الجزائري، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية، سنة 2019.
- يمينة حوحو، عقد البيع الالكتروني في القانون الجزائري، الطبعة الأولى ، دار بلقيس، الجزائر، سنة 2016.
- يوسف حسن يوسف، البنوك الالكترونية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، سنة2012.

3- المقالات والمداخلات

- أحمد أنوار ناجي، "**مدى فعالية الوسائل البديلة لحل المنازعات وعلاقتها بالقضاء**"، مجلة القانون والأعمال الدولية، جامعة الحسن.
- العياشي عجلان، **ترشيد الرقابة الجبائية على قطاع البنوك و المؤسسات المالية لحوكمة أعمالها ونتائجها بالتطبيق على حالة الجزائر**، ملتقى حول الأزمة الاقتصادية الدولية والحوكمة العالمية، جامعة سطيف في 20-21 أكتوبر 2009.
- جاسم على سالم الشامسي، "**تطبيقات المسؤولية المدنية المصرفية في قضاء المحكمة الاتحادية العليا ومحكمة تمييز دبي**"، بحث منشور ضمن مؤتمر الاعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون من 10-12 ماي 2003، الجزء الرابع، كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبي، سنة 2003.
- حسين شحادة الحسين، "**العمليات المصرفية الالكترونية**"، أعمال مؤتمر الجديد في أعمال المصارف من الوجهة القانونية والاقتصادية –الجديد في التقنيات المصرفية- الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة 2002.

- حفيظة كراع، "**حجية التوقيع الالكتروني في اثبات المعاملات المصرفية الالكترونية**"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد الثالث عشر، جويلية 2018.
- حيزية هادف ، "**نجاح وسائل الدفع الالكتروني والتحول الجوهري إلى عمليات التفاعل مع التجارة الالكترونية استعراض لتجارب بعض الدول الأوروبية**"، مجلة البحوث والدراسات العلمية، جامعة يحيى فارس المدية، مجلد 8، عدد2، سنة 2017.
- درار نسيمة، "**التوثيق الرقمي وسلطات المصادقة الالكترونية في القانون الجزائري 15-04**"، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد التاسع عشر، المجلد الثاني، مارس 2018
- سامية لموشية، "**خيار رجوع المشتري في عقد البيع الالكتروني**"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، عدد 17، جانفي 2018.
- صباح عبد الرحيم ووهيبة عبد الرحيم، "**جرائم التجارة الالكترونية**"، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 1، عدد1، 2017.
- صلاح الدين بوحملة، "**خصوصية الإيجاب والقبول في العقود الالكترونية**"، مجلة العلوم الانسانية، عدد 52، المجلد ب، ديسمبر 2019.
- طارق كرم، "**النظام القانوني للمصالحة في جريمة الصرف**"، مجلة العلوم الانسانية، العدد 39، الجزائر، 2013.
- عمر بحبو، "**حينما يحتدم النزاع البنكي .. لا بديل عن الوساطة**"، مقال منشور على الموقع الالكتروني هسبريس .
- عبد الحفيظ ميلاط ، "**الطبيعة الدولية لشبكة الأنترنت وفكرة النظام العام**"، مجلة الصورة والاتصال، جامعة السانية، وهران، العدد 19،سنة 2016.
- عبد الحق ماني، "**التنظيم القانوني لقيام التراضي في العقود الالكترونية على ضوء مشروع القانون المتعلق بالتجارة الالكترونية**"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 09، العدد 02، جوان 2018.
- عبد العزيز فرحاوي، "**المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي في التشريع الجزائري**"، مجلة الآداب والعلوم الاجتماعية، المجلد 16، العدد2، سنة 2019.
- عدنان ابراهيم سرحان، **الوفاء "الدفع الكتروني**"، بحوث مؤتمر الأعمال المصرفية بين الشريعة والقانون، المنعقد من 10-12 ماي 2003، كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبي، المجلد الأول، سنة 2003.
- عربي باي يزيد وبغياني وئام، "**المسؤولية المدنية للبنك**"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المجلد 05، العدد 03، السنة 18.

- عصام نجاح، **حدود مفهوم المستهلك في التشريع الجزائري**، الملتقي الوطني حول العقود الاستهلاكية، المنعقد في 09 و10 ديسمبر 2015، جامعة قسنطينة1.
- علي بخوش، "**المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي**" مجلة المحكمة العليا، السنة 2012، العدد 02
- عيسى طوني ، "**حول الدفع الالكتروني بالبطاقة الائتمانية في شبكة الانترنت**"، الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانوني والاقتصادية، أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بجامعة بيروت العربية، الجزء الأول، الجديد في التقنيات المصرفية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت سنة 2003.
- فطيمة دفريا لدية، "**الوسائل البديلة لتسوية المنازعات ذات الطباع الاقتصادي**"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، عدد 7، سنة 2015.
- كمال كحيل، "**مفهوم النظام العام في القانون الدولي الخاص**"، مجلة الحقيقة للعلوم الانسانية والاجتماعية ، العدد 42.
- كروم السالك ، "**التحكيم في العمليات المصرفية**"، مجلة القانون والأعمال، عدد 05، 2011.
- كريمة تدريست ، "**الحماية القانونية للمستهلك في العقود البنكية**"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 15، عدد 0-2017، ص 244.
- محمد ابراهيم محمد الشافعي، "**الآثار الاقتصادية والنقدية و المالية للنقود الالكترونية**"، بحوث مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون بتاريخ 10-12 ماي 2003، المجلد الأول. كلية الشريعة والقانون وغرفة صناعة وتجارة دبي، سنة 2003.
- محمد الصالح بين عومر، "**التراضي الالكتروني بين المنتج والمستهلك في التشريع الجزائري**"، مجلة الحقيقة للعلوم الاجتماعية والانسانية، مجلد 18 عدد 01 مارس 2019.
- محمد أوزا ويوسف مسعودي، "**الوساطة الالكترونية كآلية لتسوية منازعات الاستهلاك المبرمة بوسائل الكترونية**"، المجلة الأفريقية للدراسات القانونية والسياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، المجلد 02، العدد 02 ، ديسمبر 2018.
- محمد سليم العوا، "**التحكيم في الأعمال المصرفية الالكترونية**"، بحوث مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون بتاريخ 10-12 ماي 2003، الجزء الخامس، كلية الشريعة والقانون وغرفة صناعة وتجارة دبي، سنة 2003.
- محمود سمير الشرقاوي، "**التحكيم في العاملات المصرفية**"، بحوث مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون بتاريخ 10-12 ماي 2003، الجزء الخامس، كلية الشريعة والقانون وغرفة صناعة وتجارة دبي، سنة 2003.

- منية خليفة، **الصيرفة الالكترونية كمدخل لتأهيل وعصرنة البنوك الجزائية**، الملتقى العلمي الدولي الرابع حول عصرنة نظام الدفع في البنوك الجزائرية واشكالية اعتماد التجارة الالكترونية في الجزائر، القطب الجامعي خميس مليانة، 02 و03 مارس 2013.
- سيف الدين إلياس حمدتو، "**التحكيم الالكتروني**"، مجلة العلوم القانونية، عدد 3، جوان 2011، المركز الجامعي الوادي.
- نبيل صلاح محمود العربي، **الشيك الالكتروني والنقود الالكترونية، دراسة مقارنة**، بحوث مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون بتاريخ 10-12 ماي 2003، الجزء الخامس، كلية الشريعة والقانون وغرفة صناعة وتجارة دبي، سنة 2003.
- نبيهة بومعزة، "**الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم في القانون الجزائري**"، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، جامعة عنابة، عدد 35، سبتمبر 2013.
- نوال ريمة بن نجاعي وعبد المنعم روابح ، "**الجزاءات المقررة للجرائم البنكية**"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المجلد 05، العدد 03، نوفمبر 2018.
- نوري حمد خاطر، **مسؤولية المصرف عن الأضرار الناشئة عن استخدام النظام الالكتروني في العمليات المصرفية**، بحوث مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون بتاريخ 10-12 ماي 2003، الجزء الرابع، كلية الشريعة والقانون وغرفة صناعة وتجارة دبي، سنة 2003.
- هداية بوعزة و يوسف فتيحة، "**الحماية التقنية للمعلومات ودورها في تأمين نظام الدفع الالكتروني**"، مجلة الدراسات و البحوث القانونية، المجلد 3 العدد 4، ديسمبر 2018.
- يمنة برابح ، "**مدى صلاحية القواعد التقليدية في قانون العقوبات للتطبيق على جرائم الكمبيوتر (جريمة السرقة نموذجا)**"، مجلة القانون المجلد4، عدد 5، ديسمبر 2015.

4- مراجع أخرى

- البنك المركزي المصري، الضوابط الرقابية للعمليات المصرفية الالكترونية ولإصدار وسائل دفع لنقود الكترونية، بتاريخ 28 فيقري 2002.
- البنك المركزي المصري، القواعد المنظمة لتقديم لخدمات الدفع باستخدام الهاتف المحمول، صادرة في نوفمبر 2016.
- البنك المركزي المصري، تعليمات حماية حقوق عملاء البنوك، صادر سنة 2018.
- صندوق النقد العربي، اللجنة العربية للرقابة المصرفية، الترجمة العربية للمبادئ الأساسية للرقابة الفعالة الصادرة عن لجنة بازل للرقابة المصرفية، الصادرة في سبتمبر 2012. سنة 2014.

- عصام نجاح، محاضرات عقود التجارة الدولية، محاضرات القيت على طلبة الماستر قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قالمة، سنة 2015.
- غرفة التجارة والصناعة لباريس، العقد النموذجي الخاص بالتجارة الالكترونية.
- لجنة الأمم المحتدة للقانون التجاري الدولي، الدليل القانوني بشأن التحويلات الإلكترونية للأموال، نيويورك، سنة 1987.
- لجنة الأمم المحتدة للقانون التجاري الدولي ، دليل الاشتراع لقانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية لسنة 2001، نيويورك، سنة 2002.
- لجنة الأمم المحتدة للقانون التجاري الدولي ، ملاحظات الأونسيترال التقنية بشأن تسوية المنازعات بالاتصال الحاسوبي المباشر، نيويورك، سنة 2017.
- مجلس أوروبا، التقرير التفسيري للاتفاقية الاوروبية للجريمة الالكترونية لسنة 2001، سلسلة المعاهدات الأوروبية رقم 185، بودابيست،2001.
- مؤسسة النقد العربي السعودي، قواعد الخدمات المصرفية الالكترونية، صادرة في أفريل 2010.
- القرض الشعبي الجزائري، عقد حامل بطاقة ق.ش.ج–فيزا الدولية.
- الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة، مركز الوساطة والمصالحة والتحكيم، قواعد التحكيم، سارية المفعول ابتداء من 07 جانفي 2014.
- بريد الجزائر، الشروط العامة لبطاقة الدفع الالكتروني الذهبية.
- نتيكسيس الجزائر، اتفاقية فتح حساب إيداع، الشروط العامة.

ثانيا: المصادر والمراجع باللغة الاجنبية

1- LOIS ET REGLEMENTATIONS :

- Code civil français.
- Code de la consommation Français,
- Code monétaire et financier Français.
- Loi N° 2004-575 du 21 juin 2004, pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN),modifié et complétée, JO du 22 juin 2004.
- Ordonnance N° 2001-741 du 23 aout 2001 , portant transposition de la directives communautaire et adaptation au droit communautaire en matière de droit de la consommation.
- Ordonnance N° 2005-648 du 6 juin 2005, relative à la commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs.
- ordonnance N° 2017-1252 du 09 aout 2017, portant transposition de la directive européenne 2015/2366 du parlement européenne et du conseil du 25 novembre 2015, concernant les services de paiement dans le marché intérieur.

- Décret N° 2001-272 du 30 mars 2001, pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relatif à la signature électronique.
- Décret N° 2002-535 du 18 avril 2002, relatif à l'évaluation et la certification de la sécurité offerte par les produits et les systèmes des technologies de l'information.
- Décret N° 2005-973 du 10 aout 2005 modifiant le décret N° 71-941 du 26 novembre 1971, relatif aux actes établis par les notaires.
- Règlement (CE) N° 44/2001 du conseil, du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.
- Règlement (CE) N° 593/2008 du parlement Européenne et du conseil, du 17 juin 2008, du la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I).
- Règlement (UN) N° 524/2013, relatif au règlement en ligne des litiges de consommation et modifiant le règlement N° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE.
- Règlement (UE) 2015/751 du parlement européen et du conseil, du 29 avril 2015, relatif aux commissions d'interchange pour les opérations de paiement liées à une carte, J.O L123 du 19.5.2015.
- Directive 1997/7/CE du 20 mai 1997, concernant la protection des consommateurs en matière de contrat à distance, J.O N° L 144 du 4.6.1997.
- Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures Électroniques, J.O N° L013 du 19 janvier 2000.
- Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000, Relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur « directive sur le commerce électronique ».
- Directive 2000/64/CE du 18 septembre 2000, concernant la monnaie électronique, J.O L275 DU 27.10.2000.
- Directive 2002/65/CE du parlement européenne et du conseil, du 23 septembre 2002, concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs. J.O L271 du 9.10.2002
- Directive 2007/64/CE du 13 novembre 2007, concernant les services de paiement dans le marché intérieur , J.O L 319 du 5.12.2007.
- Directive 2008/52/CE du parlement européenne et du conseil, du 21 mai 2008, sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, J.O L 136 du 24.5.2008
- Directive 2009/110/CE du parlement européenne et du conseil, du 16 septembre 2009, concernant l'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique et son exercice ainsi que la surveillance prudentielle de ces établissements, modifiant les directives 2005/60CE et 2006/48/CE et abrogeant la directive 2000/46/CE. J.O L 267 du 10.10.2009.

- Directive 2013/40/CE du parlement européen et du conseil, du 12 aout 2013, relative aux attaques contre les systèmes d'information et remplaçant la décision-cadre 2005/222/JAI du conseil, J.O L218 du 14.8.2013.
- Directive (UE) 2015/2366 du parlement européen et du conseil du 25 novembre 2015, concernant les services de paiement dans le marché intérieur, modifiant les directives 2002/65/CE, 2009/110/CE et 2013/36/UE et le règlement (UE) 1093/2010, et abrogeant la directive 2007/64/CE, J.O L337 du 23.12.2015.
- Directive (EU) 2019/713 du parlement européen et du conseil du 17 avril 2019, concernant la lutte contre la fraude et la contrefaçon des moyens de paiement autres que les espèces et remplaçant la décision-cadre 2001/413/JAI du conseil, JO L123 du 10.5.2019.
- Recommandation de la commission N° 98/257/CE du 30 mars 1998, concernant les principes applicables aux organes responsable pour la résolution extrajudiciaires des litiges de consommation. J.O L115 du 17.4.98.
- Recommandation de la commission N° R(88) 18, concernant la responsabilité des entreprises personnes morales pour les infractions commises dans l'exercice des leurs activités, adoptée le 20 octobre 1988.
- Recommandation de la commission N° 88/590/CEE , du 17 novembre 1988 , concernant les systèmes de paiement et en particulier les relations entre titulaires et émetteurs de cartes. J.O L317 du 24.11.88.
- Recommandation de la commission N° 2001/301/CE du 4 avril 2001, relative aux principes applicables aux organes chargés de la résolution consensuelle des litiges de consommation. J.O L109 du 19.4.2001.
- Décision-cadre du conseil N° 2001/413/JAI, du 28 mai 2001, Concernant la lutte contre la fraude et la contrefaçon des moyens de paiements autres que les espèces, J.O L149 du 2.6.2001.

2- THESES DE DOCTORAT

- Abbas Youssef JABER, Les contrats conclus par voies électronique étude comparée, Thèse de Doctorat en droit privé, Université Montpelier 1, Année 2012.
- Adou Christelle LOBA, Le modernisation des systèmes de paiement- Le projet SEPA (Single Euro Payments Area- Espace unique de paiement en euros), Thèse de Doctorat en sciences économiques, Université de Bordeaux IV, Année 2011.
- Eric Nemadeu DJUITCHOKO, Le traitement du contentieux bancaire, Thèse de Doctorat en droit privé, Université SAINT-ETIENE, Année 2006.

- Fatima Zahra Boulaich Bayssa, Les prestations financières en ligne , Thèse de doctorat en droit, université PARIS 1, Année 2012.
- Georges Daladier ABI-RISK, L'internet au service des opérations bancaires et financières, Thèse de doctorat en droit, université PANTHEON-ASSA (PARIS II), Année 2002.
- HAMMOUD May, la protection du consommateur des services bancaires et des services d'assurance, Thèse de doctorat en droit, Université Panthéon-Assas, Université libanaise, Année 2012.
- Meryem EDDEROUASSI , Le contrat électronique international, Thèse de doctorat en droit privé, Université Grenoble Alpes , Année 2017.
- Mouna JEMALI , Les établissements de paiement un nouvel acteur dans le système bancaire, Thèse de doctorat en droit, université de NICE, Année 2014.
- Nadia PIFFARETTI, Monnaie électronique, monnaie et intermédiation bancaire, Thèse de Doctorat en sciences économiques et sociales, Université de Fribourg, Suisse, Année 2000.

3- OUVRAGES :

- Abdelkrim NAAS, le système bancaire Algérien de la décolonisation à l'économie de marché, édition INAS, Paris, 2003.

-Fady NAMMOUR, Droit bancaire, compte d'auteur fadnam@inco.com.ib. 2012-

- Jean-Pierre Mattout, Droit bancaire international, 4ème édition, RB édition, Paris, 2009.

-Marie Elisabeth Mtlien, les services bancaires et financiers en ligne, RB édition, Paris, 2005.

- PIERRE STORER, Droit de la monnaie électronique, édition Eyrolles, Paris, 2014.

- Theirry BONNEAU , Droit bancaire, Montchrestien, 9ème édition, , Paris , 2011

4- ARTICLES :

- Bruno DEFAINS et Yannick GABUTGY, **« la résolution électronique des litiges favorise-t-elle le développement de nouvelle stratégie de négociation »**, CAIN.INFO , 2008/2 N° 10

- LAZREG Mohammed et GOUDIH Djamel Torqui, **« Un essai d'analyse sur l'utilisation de la carte électronique de retrait et de paiement interbancaire (CIB) en Algérie »**, Jornal of economic & financialre search, Oum Elbouaghi University ,sixthissuel, december 2016.
- KAMELI Mohammed et LAZREG Mohammed, **« La carte de paiement et de retrait interbancaire CIB en Algérie en 2014 : Réalité et perspectives »,** Dialogue Méditerranéen, Algérie, N° 11-12 Mars 2016.
- Mouna FOURATI & Jamil CHAABOUNI , **« Usage de l'internet banking par les entreprises et effets sur la qualité des services** », CAIRN.INFO, 2108/5 N° 103, 18
- Marianne VARDIER, **« Innovation, concurrence et règlementation pour la fourniture des services bancaires en ligne »**. Revue d'économie financière, 2015/4 N° 120.
- Marc LACOURSIERE, « **La responsabilité bancaire à l'ère du commerce électronique : impacte des autorités de certifications** », les cahiers de droit, volume 42, N° 1, 2001.
- Marc LACOURSIERE, « **Les moyens de paiement électroniques »**, DTR-2303 , Faculté de droit, Université Laval, du 20 novembre 2013.
- Amaury PERRIN , **« Le Bitcoin et le droit: problématique de qualification, enjeux de régulation »**, Gestion et Finances Publiques, N° 1-2019.
- PIERRE STORER, **« La monnaie électronique en droit français : enfin un nouveau départ ? »** Revue Banque, N° 753 novembre 2012.
- Serge LANSKOY, **« La nature juridique de la monnaie électronique »**, bulletin de la banque de France-N° 70-octobre 1999.

5- DIVERS DOCUMENTS

- Banque d'Algérie, Instruction N° 07-11 du 23 décembre 2007.
- Banque d'Algérie, Comité de normalisation, Normes interbancaires de gestion automatisée des instruments de paiement, janvier 2005.
- La Banque de France, **L'émergence du bitcoin et autres crypto-actifs : enjeux, risques et perspectives**,. *focus*. N° 16, du 05 mars 2018.
- La Banque de France , **LIVRE BLANC, Internet, quelles conséquences prudentielles** ? décembre 2000.
- La Chambre de Commerce Internationale, **Règlement d'arbitrage, Année 2012**, révisé en 2017.
- La Chambre de Commerce Internationale, **Règlement de médiation** année 2014.

- Le Comité Français de l'arbitrage, Groupe de travail sur l'arbitrage en matière Bancaire et Financière, **Rapport final 19 mai 2014.**
- La commission bancaire française, **Rapport pour l'année 1999**, 1er juin 2000.
- La Commission européenne, **Fiche d'information, sur la directive de paiement (DSP2)/ Normes techniques de règlementation permettant aux consommateurs de bénéficier de paiement électronique plus surs et innovants**, Bruxelles, le 27 novembre 2017.
- La commission Européenne, **LIVRE VERT, vers un marché européenne intégré des paiements par carte, par internet et par téléphone mobile**, texte présentant de l'intérêt pour l'EEE, COM (2011) 914 final, Bruxelles le 11.1.2012
- Le Conseil d'Etat Français, **Internet et réseaux numériques**, Collection Etude du conseil d'Etat, année 1998.
- L'organisation de Coopération et de de Développement Economiques « OECD », **Lignes directrices régissant la protection des consommateurs dans le contexte du commerce électronique**, Paris, 2000.
- Crédit populaire d'Algérie, Contrat carte interbancaire de paiement « CIB ».
- Crédit populaire d'Algérie, Contrat d'adhésion du commerçant au système de paiement par carte bancaire « CIB ».

ثالثا: مواقع الانترنت

أ- المواقع الرسمية الجزائرية

- موقع البوابة الجزائرية للمجلات العلمية: https://www.asjp.cerist.dz/
- موقع البوابة الوطنية للوثائق على الخط: https://www.sndl.cerist.dz
- موقع البوابة الوطنية للإشعار عن الأطروحات: https://www-pnst-cerist-dz.www.sndl1.arn.dz/
- موقع القرض الشعبي الجزائري: https://cpa-bank.dz
- موقع الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة: https://www.caci.dz/ar
- موقع المجلس الشعبي الوطني: http://www.apn.dz/ar
- موقع بنك الجزائر: https://www.bank-of-algeria.dz/
- موقع بنك الخليج الجزائر: https://www.agb.dz/
- موقع بريد الجزائر: https://www.poste.dz/
- موقع الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية: https://www.joradp.dz
- موقع وزارة المالية: http://www.mf.gov.dz/
- موقع وزارة التجارة: https://www.commerce.gov.dz/
- موقع سلطة ضبط البريد والاتصالات الالكترونية : https://www.arpce.dz/ar
- موقع شركة النقد الآلي والعلاقات التلقائية بين البنوك: https://www.satim-dz.com/
- موقع مصرف السلام-الجزائر: https://www.alsalamalgeria.com/ar

ب- المواقع الرسمية الأجنبية والدولية:

- موقع البنك المركزي الأردني: http://www.cbj.gov.jo/
- موقع البنك المركزي المصري: https://cbe.org.eg/
- موقع لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي: https://uncitral.un.org/ar
- موقع منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية : https://www.oecd.org/fr/
- موقع مؤسسة النقد العربي السعودي: http://www.sama.gov.sa/
- بوابة التشريع تونس: http://www.legislation.tn
- موقع الأمانة العامة للحكومة المغربية: http://www.sgg.gov.ma/arabe/Accueil.

- La Banque de France : https://www.banque-france.fr/
- EUR-Lex L'accès au droit de l'Union européenne :
- https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR
- Plate-forme CAIRN.INF : https://www-cairn-info
- Plate-forme HAL archives-ouvertes.fr https://hal.archives-ouvertes.fr/
- Le service public de la diffusion de Droit : https://www.legifrance.gouv.fr/
- LAROUSSE Dictionnaire de français : https://www.larousse.fr/dictionnaires/

فهرس الموضوعات